

### BAB III

## PERBEDAAN MAKNA TENTANG PRAKTEK DISKRIMINASI DALAM PERSEKONGKOLAN TENDER DAN PENGUASAAN PASAR

### A. Perbedaan Makna Praktek Diskriminasi dalam Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999

#### 1. Ruang lingkup Pasal 19 huruf d Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999

Ketentuan dalam Pasal 19 huruf d Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah sebagai berikut:

“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 berupa: melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu.”

Ruang lingkup larangan kegiatan yang diatur oleh Pasal 19 huruf d mencakup praktek diskriminasi yang dilakukan secara sendiri oleh pelaku usaha maupun kegiatan yang dilakukan secara bersama-sama dengan pelaku usaha lain. Praktek diskriminasi itu sendiri ialah kegiatan menghambat atau bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat. Tindakan yang menghambat atau bertentangan dengan persaingan usaha tidak sehat berdasarkan Pasal 19 huruf d tersebut dapat berupa diskriminasi harga maupun non harga.

Menurut Black’s Law Dictionary, diskriminasi (*discrimination*) adalah “*the effect of a law or established practice that confers previlages on a certain class or that denies previlages to a certain class because of race, age, sex, nationality, religion or disability*”.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, (Thomson Reuters, USA, Resived Ninth Edition, 2009), hlm. 534.

Diskriminasi dapat diartikan sebagai setiap perlakuan yang berbeda yang dilakukan terhadap satu pihak tertentu. Dalam dunia usaha, pelaku usaha melakukan praktek diskriminasi dapat disebabkan karena berbagai hal. Praktek diskriminasi yang paling umum dilakukan adalah diskriminasi harga, yang dilakukan pelaku usaha untuk mengambil keuntungan secara maksimal dari surplus konsumen. Surplus konsumen adalah selisih antara harga tertinggi yang bersedia dibayar konsumen (*reservation price*) dengan harga yang benar-benar dibayar oleh konsumen.<sup>59</sup>

Praktek diskriminasi lainnya selain harga dapat dilakukan dengan berbagai motif. Sebagai contoh, karena adanya preferensi terhadap pelaku usaha tertentu yang lahir dari pengalaman bertahun-tahun, atas tujuan efisiensi. Praktek diskriminasi lain dapat terjadi karena alasan untuk mengeluarkan perusahaan pesaing dari pasar atau menghambat pesaing potensial untuk masuk pasar. Praktek diskriminasi jenis ini tentunya akan melanggar prinsip persaingan usaha yang sehat.<sup>60</sup>

Sebagaimana diketahui Pasal 19 huruf d merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Pasal 19 secara keseluruhan. Terdapat empat jenis kegiatan yang dilarang oleh Pasal 19, yaitu:

1. Menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan (*Refusal to deal*);

---

<sup>59</sup> Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011, *Pedoman Pasal 19 huruf d (Praktek Diskriminasi) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, hlm. 1.

<sup>60</sup> Rachmadi Usman, *op. cit.*, hlm. 417.

Kegiatan ini terjadi apabila pelaku usaha melakukan penolakan atau menghalangi pelaku usaha tertentu yang bertujuan untuk menghambat baik bagi pelaku potensial yang akan masuk ke pasar bersangkutan atau kepada pesaing yang sudah ada pada pasar bersangkutan. Penolakan atau penghalangan dapat dilakukan sendiri atau bersama-sama melalui berbagai cara. *Refusal to deal* yang dapat dianggap menghambat persaingan adalah:

- a. Harus dibuktikan bahwa motivasi utama tindakan *refusal to deal* itu adalah untuk menguasai pasar.
  - b. Harus dibuktikan bahwa tindakan *refusal to deal* tersebut dapat mengarah pada penguasaan pasar.
  - c. Harus dibuktikan bahwa penguasaan pasar itu pada gilirannya akan memberikan kekuatan pasar yang memungkinkannya untuk menerapkan harga *supra competitive* atau menghambat persaingan berikutnya.<sup>61</sup>
2. Menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya itu;

Hal ini terjadi pada hubungan pelaku usaha yang bersifat vertikal dalam bentuk larangan kepada konsumen atau pelanggan untuk tidak melakukan hubungan dengan pelaku usaha pesaingnya melalui kontrak penjualan atau kontrak pemasokan eksklusif (*exclusive dealing*). Perjanjian eksklusif melihat apakah di pasar persaingan antar mereka kuat atau tidak. Tindakan menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaing

---

<sup>61</sup> Susanti Adi Nugroho, *op. cit.*, hlm. 257.

dilakukan melalui perjanjian eksklusif atau pengaturan tujuan, bentuk serta jumlah barang yang dapat dipasok.

3. Membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar bersangkutan;

Hal ini dilakukan dimana pelaku usaha menekankan pembatasan saluran pemasokan atau penerimaan melalui persyaratan penggunaan produk tertentu dari pelaku usaha tersebut.

4. Melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha;

Berbeda halnya dengan tiga kondisi diatas dalam hal pihak yang dirugikan. Apabila pada Pasal 19 huruf a sampai huruf c Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, pihak yang dirugikan adalah pelaku usaha yang menjadi pesaing pelaku pada pasar yang bersangkutan, maka pihak yang dirugikan pada Pasal 19 huruf d Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 merupakan pelaku usaha yang bekerjasama dengan perusahaan diskriminatif (pemasok atau pelanggan) yang mungkin bukan pesaing dari perusahaan diskriminatif tersebut.<sup>62</sup>

Berdasarkan ketentuan Pasal 19 huruf d Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tersebut jelas bahwa menolak atau menghalangi pelaku usaha tertentu tidak boleh dilakukan dengan cara yang tidak wajar atau dengan alasan non-ekonomi, misalnya karena perbedaan suku, ras, status sosial, dan lain-lain.<sup>63</sup>

2. Pelaksanaan Pasal 19 huruf d

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, hlm.421-422.

<sup>63</sup> *Ibid.*, hlm. 259.

a. Penentuan Pasar Bersangkutan

Langkah awal yang dilakukan dalam menganalisis praktek diskriminasi berdasarkan Pasal 19 huruf d adalah menentukan definisi pasar yang bersangkutan (*relevant*). Hal ini diperlukan sebab definisi pasar yang relevan akan memberikan kerangka (*framework*) bagi analisis persaingan usaha. Misalnya, dalam menentukan apakah pelaku usaha baik sendiri maupun bersama pelaku usaha lain, memiliki *market power*, atau memiliki pangsa pasar atau kekuatan pasar yang besar.<sup>64</sup>

Pasar bersangkutan dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Pasal 1 (10) diartikan sebagai 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 jasa tersebut.<sup>65</sup>

Sejalan dengan pengertian di atas dan dari sudut pandang ekonomi, ada dua dimensi pokok yang lazim dipertimbangkan dalam menentukan pengertian pasar bersangkutan, yakni; produk (barang atau jasa) yang dimaksud, dan wilayah geografis.<sup>66</sup>

Pasar berdasarkan produk didefinisikan sebagai produk-produk pesaing dari produk tertentu, ditambah dengan produk lain yang dapat menjadi substitusi dari produk tersebut atau dengan kata lain pasar berdasarkan produk terkait dengan kesamaan, atau kesejenisian dan/atau tingkat substitusinya. Mengacu pada pengertian pasar bersangkutan

---

<sup>64</sup> Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011, *op. cit.*, hlm. 11.

<sup>65</sup> Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Pasal 1 (10).

<sup>66</sup> Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011, *loc. cit.*

berdasarkan produk, produk akan dikategorikan dalam pasar bersangkutan atau dapat digantikan satu sama lain apabila menurut konsumen terdapat kesamaan dalam hal fungsi/peruntukan/penggunaan, karakter spesifik, serta perbandingan tingkat harga produk tersebut dengan harga barang lainnya.<sup>67</sup>

Sedangkan penetapan pasar bersangkutan berdasarkan aspek geografis atau daerah/teritori yang merupakan lokasi pelaku usaha melakukan kegiatan usahanya, dan/atau lokasi ketersediaan atau peredaran produk dan jasa dan/atau dimana beberapa daerah memiliki kondisi persaingan relatif seragam dan berbeda dibanding kondisi persaingan dengan daerah lainnya. Pasar berdasarkan cakupan geografis terkait dengan jangkauan dan/atau daerah pemasaran.<sup>68</sup>

#### b. Mengidentifikasi Penguasaan Pasar

Penguasaan pasar adalah upaya yang dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai kekuatan pasar atau pangsa pasar tertentu, dan atau sesuatu yang signifikan dan menggunakannya terhadap pelaku usaha lain dalam bentuk menghalangi pelaku usaha lain untuk memasuki pasar, menghalangi konsumen untuk berhubungan dengan pelaku usaha lain, membatasi peredaran barang dan atau jasa, dan melakukan praktik diskriminasi dalam berbagai bentuk terhadap pelaku usaha tertentu.<sup>69</sup>

Sedangkan kegiatan penguasaan pasar (*market control*) diartikan sebagai

---

<sup>67</sup> Susanti Adi Nugroho, *op. cit.*, hlm. 386.

<sup>68</sup> *Ibid.*, hlm. 387.

<sup>69</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), "Rancangan Pedoman Pasal 19 Tentang Penguasaan Pasar," edisi 19 Desember 2006, hlm. 8, [http://www.kppu.go.id/docs/Pedoman/draft\\_pasal\\_19.pdf](http://www.kppu.go.id/docs/Pedoman/draft_pasal_19.pdf).

kemampuan pelaku usaha dalam mempengaruhi harga, atau kualitas produksi atau aspek lainnya dalam sebuah pasar. Aspek lain tersebut tidak terbatas pada pemasaran, pembelian, distribusi, penggunaan atau akses atas barang atau jasa tertentu di pasar bersangkutan. Penguasaan pasar dijadikan sinonim istilah hukum posisi dominan.<sup>70</sup>

Bagi pelaku usaha yang akan melakukan penguasaan pasar maka ada beberapa kondisi yang harus dipenuhi agar mampu melakukan tindakan tersebut. Secara rasional mereka yang akan atau mampu melakukan penguasaan pasar setidaknya mempunyai kekuatan pasar (*market power*) yang cukup signifikan yang diperoleh melalui adanya pangsa pasar yang tinggi, faktor kelebihan yang dimiliki misalnya HAKI, jaringan distribusi, dukungan finansial yang kuat dan fasilitas esensial.<sup>71</sup> Dengan kata lain pada persaingan atau kompetisi intinya adalah bagaimana bertahan dan memperoleh keuntungan, secara sederhana beberapa perusahaan nantinya akan menyusut dan yang lainnya akan menghilang dengan sendirinya ketika tidak dapat bersaing.

Praktek diskriminasi sangat erat kaitannya dengan pemilikan kekuatan pasar yang signifikan di pasar bersangkutan. Penguasaan pasar akan sulit dicapai apabila pelaku usaha, baik secara sendiri maupun bersama-sama tidak memiliki kedudukan yang kuat di pasar bersangkutan.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Knud Hansen, et. al. *op. cit.*, hlm. 291.

<sup>71</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), "Rancangan Pedoman Pasal 19 Tentang Penguasaan Pasar," *op. cit.*, hlm. 8-9.

<sup>72</sup> Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011, *op. cit.*, hlm. 12.

Seperti dijelaskan di atas, selain dapat dilakukan secara sendiri, kegiatan penguasaan pasar juga dapat dilaksanakan oleh pelaku usaha bersama-sama dengan pelaku usaha lainnya. Hal ini menandakan bahwa terdapat bentuk koordinasi tindakan diantara para pelaku usaha yang terlibat. Koordinasi ini dapat berbentuk perjanjian atau kesepakatan formal (tertulis) maupun informal (lisan, *kesepahaman-common understandings or meeting of minds*). Selain itu untuk menjadi dasar alasan adanya pelanggaran Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 oleh pelaku usaha, harus disertai dengan adanya bukti-bukti tentang kegiatan-kegiatan anti persaingan yang berakibat pada terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.<sup>73</sup>

c. Praktek Diskriminasi terhadap Pelaku Usaha Tertentu

Kegiatan melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu merupakan penentuan perlakuan dengan cara yang berbeda mengenai persyaratan pemasokan atau persyaratan pembelian barang dan atau jasa. Segala macam perlakuan yang berbeda terhadap pelaku usaha tertentu dapat termasuk dalam cakupan Pasal 19 huruf d.

Praktek penunjukan langsung oleh suatu lembaga atau perusahaan untuk jasa yang diperlukan merupakan salah satu contoh bentuk diskriminasi jika tersedia lebih dari satu perusahaan yang mampu menawarkan barang dan jasa yang sama. Diskriminasi non-harga juga terjadi jika kesempatan berkompetisi hanya diberikan kepada beberapa

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, hlm. 12-13.



perusahaan, sementara sebagian perusahaan lain yang juga mampu tidak diberi peluang.<sup>74</sup>

Bentuk diskriminasi lainnya adalah menetapkan persyaratan yang berbeda untuk pemasok barang dan jasa yang berbeda dengan maksud untuk memenangkan salah satu pemasok tertentu. Penetapan standar dan persyaratan yang sama kepada seluruh pemasok yang kelasnya berbeda-beda juga dapat menyebabkan diskriminasi. Biaya *fee* atau jaminan yang diberlakukan sama bagi pemasok besar dan pemasok kecil tentu akan dirasakan berbeda beratnya sehingga akibat diskriminatif bagi yang kecil.<sup>75</sup>

Dengan demikian, contoh dari praktek diskriminasi yang melanggar Pasal 19 huruf d adalah:

- 1) Penunjukkan langsung dalam suatu pekerjaan, tanpa justifikasi legal, sosial, ekonomi, teknis dan alasan lainnya yang dapat diterima.
- 2) Menolak melakukan hubungan usaha dengan pihak tertentu tanpa justifikasi legal, sosial, ekonomi, teknis dan alasan lainnya yang dapat diterima.
- 3) Menetapkan persyaratan tertentu yang mengarah kepada perusahaan tertentu.
- 4) Menetapkan syarat yang berbeda untuk pelaku usaha yang berbeda dalam pasar yang sama.

---

<sup>74</sup> Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011, *op. cit.*, hlm. 13.

<sup>75</sup> *Ibid.*, hlm. 14.

- 5) Dalam hal yang terkait program pemerintah seperti pengembangan UKM, penetapan syarat yang sama antara UKM dengan usaha besar dapat dirasakan oleh UKM sebagai persyaratan yang diskriminatif sehingga dikategorikan melanggar Pasal 19 huruf d.<sup>76</sup>

Pasal 19 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 mengesankan ditujukan kepada para pelaku usaha yang mempunyai kemampuan untuk mempengaruhi pasar sehingga mempunyai kekuatan pasar yang substansial. Hal tersebut didasarkan kepada anggapan bahwa perbuatan yang dimuat pada huruf a sampai d hanya dapat terjadi jika pelaku usaha memiliki posisi pasar yang kuat. Namun, yang menjadi pertimbangan bukanlah persoalan pangsa pasar saja, melainkan dapat langsung diterapkan kepada pelaku usaha yang melakukan kegiatan usahanya, baik secara sendiri-sendiri atau bersama-sama dengan pelaku usaha yang lain.<sup>77</sup> Dengan kata lain, penerapan Pasal 19 tidak tergantung pada dilewati atau tidak dilewatinya batas pangsa pasar tertentu. Konsep dalam Pasal 19 ini juga dikenal dengan istilah *refusal to deal*. Konsep *refusal to deal* tidak hanya mencakup penolakan secara terang-terangan (*blunt refusal*), tetapi juga penolakan yang halus (*subtle refusal*) dengan menggunakan persyaratan pasokan yang tidak masuk akal (*unreasonable conditions*), seperti harga sangat tinggi. Selain itu, keduanya terdiri dari *refusal to deal* diskriminatif (beberapa pelaku usaha yang diberikan dan yang lain tidak) dan *refusal to deal* non-diskriminatif (tidak ada pihak ketiga yang

---

<sup>76</sup> Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011, *loc. cit.*

<sup>77</sup> Knud Hansen, et. al. *op. cit.*, hlm. 289.

diberikan). Terminologi diskriminasi dalam *Industrial Organization* biasanya lebih banyak digunakan untuk konteks pembedaan harga untuk produk yang sama dengan alasan yang tidak terkait dengan perbedaan biaya produksi.<sup>78</sup>

Syarat untuk dapat menerapkan strategi diskriminasi harga adalah adanya *market power* yang dimiliki oleh perusahaan atau penjual yang pada umumnya dimiliki oleh perusahaan monopoli. Syarat kedua, perusahaan harus mampu mencegah penjualan kembali barang yang dibeli pada harga yang lebih murah ke pasar dengan harga yang lebih mahal. Oleh karena itu strategi ini pada umumnya efektif untuk pasar jasa dan pasar yang terpisah cukup jauh secara geografis. Karena diskriminasi harga hanya mampu dilakukan oleh perusahaan yang mempunyai *market power*, maka strategi ini juga berpotensi disalahgunakan untuk melakukan berbagai hal yang dilarang pada Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999. Dengan kemampuan diskriminasi harga, produsen atau penjual dapat menurunkan harga pada suatu pasar tertentu untuk menyingkirkan pesaingnya dari pasar tersebut atau menghambat perusahaan baru untuk masuk tanpa khawatir mengalami kerugian karena akan dikompensasi oleh penerimaan dan keuntungan dari pasar lain yang dikenakan harga yang lebih tinggi.<sup>79</sup>

Melakukan praktek diskriminasi artinya termasuk menolak sama sekali melakukan hubungan usaha, menolak menyepakati syarat-syarat

---

<sup>78</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), *Background Paper Pedoman Pasal 19 d UU No. 5 Tahun 1999* (tidak dipublikasikan), hlm. 2.

<sup>79</sup> *Ibid.*, hlm. 3.

tertentu atau perbuatan lain, dimana pelaku usaha lain diperlakukan dengan cara yang tidak sama. Pasal 19 huruf d hanya berlaku untuk pelaku usaha yang bersangkutan apabila kegiatan mereka secara langsung atau tidak langsung berkaitan dengan pasar bersangkutan dimana mereka memegang penguasaan pasar.<sup>80</sup>

Pasal 19 huruf d tidak hanya berlaku untuk pemasok (*supplier*) yang menjual barang atau jasa saja, tetapi juga kepada pelaku usaha yang membelinya. Kondisi ini terjadi ketika pemasok barang atau jasa tergantung kepada pelanggannya apabila pelanggan tersebut memiliki posisi dominan atau tidak tersedia alternatif yang cukup dan pantas bagi pemasok untuk menjual barang/jasa kepada pelanggan lain. Jika pelaku usaha memiliki posisi yang kuat dalam pasar menyalahgunakan posisinya tersebut untuk mendorong pelaku usaha lain dalam rangka hubungan usaha agar memberikan syarat istimewa tanpa adanya alasan yang meyakinkan, maka perilaku yang seperti itu pada umumnya disebut sebagai “diskriminasi pasif”. Perilaku seperti itu baru dapat dianggap menghambat persaingan jika pembeli tidak memberikan perlakuan yang sama terhadap semua calon pemasok relevan dalam rangka memperoleh persyaratan pembelian yang paling menguntungkan, melainkan melakukan pembedaan secara sistematis. Namun, apabila pembedaan dilakukan hanya mencakup potongan harga yang melambangkan persaingan harga

---

<sup>80</sup> Knud Hansen, et. al. *op. cit.*, hlm. 296.

dan kualitas, maka alasan tersebut secara materil dianggap meyakinkan sehingga tidak dapat dianggap sebagai perilaku diskriminasi.<sup>81</sup>

d. Indikasi dan Dampak adanya Kegiatan Praktek Diskriminasi

Indikasi yang patut diperhatikan dalam menganalisis pelanggaran kasus praktek diskriminasi sebagaimana diatur dalam Pasal 19 huruf d, diantaranya meliputi, namun tidak terbatas pada:

- 1) Ada perbedaan perlakuan terhadap pelaku usaha tertentu di pasar yang bersangkutan.
- 2) Motif perbedaan perlakuan tersebut tidak memiliki justifikasi yang wajar dari sisi legal, sosial, ekonomi, teknis dan alasan lain yang dapat diterima. Tidak semua bentuk praktek diskriminasi melanggar prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat. Diskriminasi non-harga tidak jarang mempunyai motif yang dapat dipahami selama dilaksanakan secara transparan, seperti untuk pengembangan pengusaha lokal, pengembangan UKM dan bentuk diskriminasi positif lainnya.
- 3) Dampak dari perbedaan perlakuan tersebut, menyebabkan usaha tidak sehat.<sup>82</sup>

Praktek diskriminasi sebagaimana yang diatur dalam Pasal 19 huruf d, harus memiliki dampak menyebabkan persaingan usaha yang tidak sehat baik di level horizontal (di pasar pelaku praktek diskriminasi) dan atau level vertikal (di pasar korban praktek diskriminasi).

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, hlm. 297-298.

<sup>82</sup> Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011, *op. cit.*, hlm. 15.

Dampak terhadap persaingan usaha yang dapat diakibatkan dari pelanggaran Pasal 19 huruf d, antara lain tidak terbatas pada:

- 1) Ada pelaku usaha pesaing yang tersingkir dari pasar bersangkutan, atau
- 2) Ada pelaku usaha pesaing yang tereduksi perannya (dapat proporsi makin kecil) di pasar yang bersangkutan, atau
- 3) Ada satu (sekelompok) pelaku usaha yang dapat memaksakan kehendaknya di pasar bersangkutan, atau
- 4) Terciptanya berbagai hambatan persaingan (misalnya hambatan masuk atau ekspansi) di pasar bersangkutan, atau
- 5) Berkurangnya persaingan usaha yang sehat di pasar bersangkutan, atau
- 6) Dapat menimbulkan terjadinya praktek monopoli, atau
- 7) Berkurangnya pilihan konsumen.<sup>83</sup>

### 3. Ruang lingkup Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Persekongkolan Tender

#### a. Definisi Tender

---

<sup>83</sup> Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011, *loc. cit.*

Berdasarkan Kamus Besar Bahasa Indonesia, tender adalah tawaran untuk mengajukan harga, memborong suatu pekerjaan atau untuk menyediakan barang-barang atau mengadakan kontrak.<sup>84</sup>

Dalam pengertian kamus hukum, tender adalah memborong pekerjaan pihak lain atau memborong pekerjaan seluruhnya atau sebagian pekerjaan sesuai dengan perjanjian atau kontrak yang dibuat oleh kedua belah pihak sebelum pekerjaan pemborongan itu dilakukan. Dengan memperhatikan definisi tersebut, pengertian tender mencakup tawaran mengajukan harga untuk:

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

Tender; *business contract*, oleh pemasok/*supplier* atau *contractor* untuk memasok (=memborong) barang atau jasa, antara lain, *open bid* (=tender) tawaran terbuka, dimana tawaran dilakukan secara terbuka sehingga para peserta tender dapat bersaing menurunkan harga; atau *sealed bid* (-tender) tawaran bermeterai, dimana tawaran dimasukkan dalam amplop bermeterai dan dibuka secara serempak pada saat tertentu untuk dipilih yang terbaik; para peserta tidak dapat menurunkan harga lagi.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Suharso dan Ana Retnoningsih, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Lux*, Cetakan Kesebelas (Semarang: Widya Karya, 2013), hlm. 553.

<sup>85</sup> T. Guritno, *Kamus Ekonomi Bisnis Perbankan Inggris-Indonesia*, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 1994), hlm. 412.

Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 menjelaskan bahwa tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Dalam hal ini tidak disebut jumlah yang mengajukan penawaran (oleh beberapa atau oleh satu pelaku usaha dalam hal penunjukan/pemilihan langsung).<sup>86</sup>

Berdasarkan definisi tersebut, maka cakupan dasar penerapan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah tender atau tawaran mengajukan harga yang dapat dilakukan melalui;

1. Tender terbuka.
2. Tender terbatas.
3. Pelelangan umum, dan
4. Pelelangan terbatas.<sup>87</sup>

Berdasarkan cakupan dasar penerapan ini, maka pemilihan langsung dan penunjukan langsung yang merupakan bagian dari proses tender/lelang juga tercakup dalam penerapan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.<sup>88</sup>

Dalam perkembangannya *beauty contest* masuk dalam tender namun *beauty contest* belum memiliki aturan jelas sehingga masih diperdebatkan apakah prosedur pencarian mitra kerja ini dapat disamakan dengan tender atau tidak. KPPU menganggap *beauty contest* termasuk dalam tender sehingga tunduk kepada Pasal 22 Undang-undang nomor 5

---

<sup>86</sup> Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010, *op. cit.*, hlm. 5.

<sup>87</sup> Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010, *loc. cit.*

<sup>88</sup> *Ibid.*, hlm. 5.



Tahun 1999 karena mengandung 3 (tiga) prinsip dalam tender, yaitu transparansi, non diskriminatif serta efisiensi, prinsip ini juga merupakan bagian dari *beauty contest*,<sup>89</sup> namun pada kenyataannya *beauty contest* termasuk ke dalam tender atau tidak belum ada batasan pengertiannya serta aturannya.

Menurut Dr. Udin Silalahi, *Beauty contest* dapat dikatakan suatu peragaan atau pemaparan profil suatu perusahaan atas suatu undangan seseorang atau pelaku usaha tertentu. Pemaparan tersebut termasuk mengenai kemampuan dan kekuatan keuangan perusahaan serta produk-produk yang sudah diproduksinya. Dalam suatu *beauty contest* penyaringan dilakukan secara internal terhadap perusahaan-perusahaan yang diundangnya. Berdasarkan penilaian profil perusahaan, harga yang ditawarkan dan pertimbangan lain maka perusahaan yang melakukan *beauty contest* memutuskan (menunjuk) salah satu perusahaan sebagai pemenangnya.<sup>90</sup> Dengan demikian *beauty contest* tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat karena dilakukan secara tertutup dan tidak menimbulkan persaingan antar peserta karena tidak saling mengetahui.

#### b. Indikasi Persekongkolan dalam Tender

Untuk mengetahui bentuk atau perilaku persekongkolan maupun mengetahui telah terjadi ada tidaknya suatu persekongkolan dalam tender

---

<sup>89</sup> Komisioner KPPU, Anna Maria Tri Anggraini dalam [www.hukumonline.com](http://www.hukumonline.com)

<sup>90</sup> Udin Silalahi, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol (Bagaimana Cara Memenangkan?)*, Cetakan Pertama (Jakarta: PT. Elex Media Komputindo, 2007), hlm. 132-133.

harus dibuktikan melalui pemeriksaan oleh Tim Pemeriksa atau Majelis KPPU. Selain itu, dapat dilihat dari berbagai indikasi persekongkolan yang sering dijumpai pada pelaksanaan tender tersebut.

1) Indikasi persekongkolan pada saat perencanaan, antara lain meliputi:

a) Pemilihan metode pengadaan yang menghindari pelaksanaan *tender*/lelang secara terbuka.

b) Pencantuman spesifikasi teknik, jumlah, mutu, dan/atau waktu penyerahan barang yang akan ditawarkan atau dijual atau dilelang yang hanya dapat disuplai oleh satu pelaku usaha tertentu.

c) Tender/lelang dibuat dalam paket yang hanya satu atau dua peserta tertentu yang dapat mengikuti/melaksanakannya.

d) Ada keterkaitan antara sumber pendanaan dan asal barang/jasa.

e) Nilai uang jaminan lelang ditetapkan jauh lebih tinggi dari pada nilai dasar lelang.

f) Penetapan tempat dan waktu lelang yang sulit dicapai dan diikuti.

2) Indikasi persekongkolan pada saat pembentukan panitia, antara lain meliputi:

a) Panitia yang dipilih tidak memenuhi kualifikasi yang dibutuhkan sehingga mudah dipengaruhi.

b) Panitia terafiliasi dengan pelaku usaha tertentu.

- c) Susunan dan kinerja panitia tidak diumumkan atau cenderung ditutup-tutupi.
- 3) Indikasi persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan atau pralelang, antara lain meliputi:
    - a) Persyaratan untuk mengikuti prakualifikasi membatasi dan/atau mengarah kepada pelaku usaha tertentu.
    - b) Adanya kesepakatan dengan pelaku usaha tertentu mengenai spesifikasi, merek, jumlah, tempat, dan/atau waktu penyerahan barang dan jasa yang akan ditender atau dilelang.
    - c) Adanya kesepakatan mengenai cara, tempat, dan/atau waktu pengumuman tender/lelang.
    - d) Adanya pelaku usaha yang diluluskan dalam prakualifikasi walaupun tidak atau kurang memenuhi persyaratan yang telah ditetapkan.
    - e) Panitia memberikan perlakuan khusus/istimewa kepada pelaku usaha tertentu.
    - f) Adanya persyaratan tambahan yang dibuat setelah prakualifikasi dan tidak diberitahukan kepada semua peserta.
    - g) Adanya pemegang saham yang sama diantara peserta atau panitia atau pemberi pekerjaan maupun pihak lain yang terkait langsung dengan tender/lelang (benturan kepentingan).
  - 4) Indikasi persekongkolan pada saat pembuatan persyaratan untuk mengikuti tender/lelang maupun pada saat penyusunan dokumen

tender/lelang, antara lain meliputi adanya persyaratan tender/lelang yang mengarah kepada pelaku usaha tertentu terkait dengan sertifikasi barang, mutu, kapasitas, dan waktu penyerahan yang harus dipenuhi.

5) Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman tender atau lelang:

- a) Jangka waktu pengumuman tender/lelang yang sangat terbatas.
- b) Informasi dalam pengumuman tender/lelang dengan sengaja dibuat tidak lengkap dan tidak memadai. Sementara informasi yang lebih lengkap diberikan hanya kepada pelaku usaha tertentu.
- c) Pengumuman tender/lelang dilakukan melalui media dengan jangkauan yang sangat terbatas.
- d) Pengumuman tender/lelang dimuat pada surat kabar dengan ukuran iklan yang sangat kecil atau pada bagian/lay-out surat kabar yang seringkali dilewatkan oleh pembaca yang menjadi target tender/lelang.<sup>91</sup>

6) Indikasi persekongkolan pada saat pengambilan dokumen tender/lelang, antara lain:

- a) Dokumen tender/lelang yang diberikan tidak sama bagi seluruh calon peserta tender/lelang.

---

<sup>91</sup> Rachmadi Usman, *op. cit.*, hlm. 488-490.

- b) Waktu pengambilan dokumen tender/lelang yang diberikan sangat terbatas.
  - c) Alamat atau tempat pengambilan dokumen tender/lelang sulit ditemukan oleh calon peserta tender/lelang.
  - d) Panitia memindahkan tempat pengambilan dokumen tender secara tiba-tiba menjelang penutupan waktu pengambilan dan perubahan tersebut tidak diumumkan secara terbuka.
- 7) Indikasi persekongkolan pada saat penentuan harga perkiraan sendiri atau harga dasar lelang, antara lain:
- a) Adanya dua atau lebih harga perkiraan sendiri atau harga dasar atas satu produk atau jasa yang ditender/dilelangkan.
  - b) Harga perkiraan sendiri atau harga dasar hanya diberikan kepada pelaku usaha tertentu.
  - c) Harga perkiraan sendiri atau harga dasar ditentukan berdasarkan pertimbangan yang tidak jelas dan tidak wajar.
- 8) Indikasi persekongkolan pada saat penjelasan tender atau *open house* lelang, meliputi:
- a) Informasi atas barang/jasa yang ditender atau dilelang tidak jelas dan cenderung ditutupi.
  - b) Penjelasan tender/lelang dapat diterima oleh pelaku usaha yang terbatas sementara sebagian besar calon peserta lainnya tidak dapat menyetujuinya.

- c) Panitia bekerja secara tertutup dan tidak memberi layanan atau informasi yang seharusnya diberikan secara terbuka.
  - d) Salah satu calon peserta tender/lelang melakukan pertemuan tertutup dengan panitia.
- 9) Indikasi persekongkolan pada saat penyerahan dan pembukaan dokumen atau kotak penawaran tender/lelang.
- a) Adanya dokumen penawaran yang diterima setelah batas waktu.
  - b) Adanya dokumen yang dimasukkan dalam satu amplop bersama-sama dengan penawaran peserta tender/lelang yang lain.
  - c) Adanya penawaran yang diterima oleh panitia dari pelaku usaha yang tidak mengikuti atau tidak lulus dalam proses kualifikasi atau proses administrasi.
  - d) Terdapat penyesuaian harga penawaran pada saat-saat akhir sebelum memasukkan penawaran.
  - e) Adanya pemindahan lokasi/tempat penyerahan dokumen penawaran secara tiba-tiba tanpa pengumuman secara terbuka.
- 10) Indikasi persekongkolan pada saat evaluasi dan penetapan pemenang tender/lelang.

- a) Jumlah peserta tender/lelang yang lebih sedikit dari jumlah peserta tender/lelang sebelumnya.
  - b) Harga yang dimenangkan jauh lebih tinggi atau lebih rendah dari harga tender/lelang sebelumnya oleh perusahaan atau pelaku usaha yang sama.
  - c) Para peserta tender/lelang memasukan harga penawaran yang hampir sama.
  - d) Peserta tender/lelang yang sama, dalam tender/lelang yang berbeda mengajukan harga yang berbeda untuk barang yang sama, tanpa alasan yang logis untuk menjelaskan perbedaan tersebut.
  - e) Panitia cenderung untuk memberi keistimewaan para peserta tender/lelang tertentu.
  - f) Adanya beberapa dokumen penawaran tender/lelang yang mirip.
  - g) Adanya dokumen penawaran yang ditukar atau dimodifikasi oleh panitia.
  - h) Proses evaluasi dilakukan ditempat yang terpencil dan tersembunyi.
  - i) Perilaku dan penawaran para peserta tender/lelang dalam memasukkan penawaran mengikuti pola yang sama dengan beberapa tender atau lelang sebelumnya.
- 11) Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang.

- a) Pengumuman diumumkan secara terbatas sehingga pengumuman tersebut tidak diketahui secara optimal oleh pelaku usaha yang memenuhi persyaratan, misalnya diumumkan pada media massa yang tidak jelas atau diumumkan melalui faksimili dengan nama pengirim yang kurang jelas.
  - b) Tanggal pengumuman tender/lelang ditunda dengan alasan yang tidak jelas.
  - c) Peserta tender/lelang memenangkan tender atau lelang cenderung berdasarkan giliran yang tetap.
  - d) Ada peserta tender/lelang lelang yang memenangkan tender/lelang secara terus menerus diwilayah tertentu.
  - e) Ada selisih harga yang besar antara harga yang diajukan pemenang tender/lelang dengan harga penawaran peserta lainnya dengan alasan yang tidak wajar atau tidak dapat dijelaskan.
- 12) Indikasi persekongkolan pada saat pengajuan sanggahan.
- a) Panitia tidak menanggapi sanggahan peserta tender/lelang.
  - b) Panitia cenderung menutup-nutupi proses dan hasil evaluasi.
- 13) Indikasi persekongkolan pada saat penunjukan pemenang tender/lelang dan penandatanganan kontrak.
- a) Surat penunjukan pemenang tender/lelang telah dikeluarkan sebelum proses sanggahan diselesaikan.



- b) Penerbitan surat penunjukan pemenang tender/lelang mengalami penundaan tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.
  - c) Surat penunjukan pemenang tender/lelang tidak lengkap
  - d) Konsep kontrak dibuat dengan menghilangkan hal-hal penting yang harus menjadi bagian yang tidak terpisahkan dalam kontrak.
  - e) Penandatanganan kontrak dilakukan secara tertutup.
  - f) Penandatanganan kontrak mengalami penundaan tanpa alasan yang tidak dapat dijelaskan.
- 14) Indikasi persekongkolan pada saat pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan.
- a) Pemenang tender/lelang mensub-contrackan pekerjaan kepada perusahaan lain atau peserta tender/lelang yang kalah dalam tender atau lelang tersebut.
  - b) Volume atau nilai proyek yang diserahkan tidak sesuai dengan ketentuan awal, tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.
  - c) Hasil pekerjaan tidak sesuai atau lebih rendah dibandingkan dengan ketentuan yang diatur dalam spesifikasi teknis, tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, hlm. 490-494. Lihat juga Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010, *Pedoman Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender*, hlm. 9-12.

c. Dampak Persekongkolan dalam Tender

Dilihat dari sisi konsumen atau pemberi kerja, persekongkolan dalam tender dapat merugikan dalam bentuk berupa antara lain:

- 1) Konsumen atau pemberi kerja membayar harga yang lebih mahal daripada yang sesungguhnya.
- 2) Barang atau jasa yang diperoleh (baik dari sisi mutu, jumlah, waktu, maupun nilai) seringkali lebih rendah dari yang akan diperoleh apabila tender dilakukan secara jujur.
- 3) Terjadi hambatan pasar bagi peserta potensial yang tidak memperoleh kesempatan untuk mengikuti dan memenangkan tender.
- 4) Nilai proyek (untuk tender pengadaan jasa) menjadi lebih tinggi akibat markup/kenaikan harga yang dilakukan oleh pihak-pihak yang bersekongkol. Apabila hal tersebut dilakukan dalam proyek Pemerintah yang pembiayaannya melalui anggaran pendapatan dan belanja Negara, maka persekongkolan tersebut berpotensi menimbulkan ekonomi biaya tinggi.<sup>93</sup>

**B. KPPU dan Praktek Diskriminasi dalam Persekongkolan Tender dikaitkan dengan Penguasaan Pasar**

1. Peranan KPPU dalam Penegakan Hukum Persaingan di Indonesia

Untuk mengawasi pelaksanaan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dibentuklah suatu komisi yang pembentukannya didasarkan pada Pasal 34

---

<sup>93</sup> *Ibid.*, hlm. 494. Lihat juga Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010, *Pedoman Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender*, hlm. 12.

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999. Dalam Pasal tersebut menginstruksikan bahwa pembentukan susunan organisasi, tugas, dan fungsi komisi ditetapkan melalui keputusan Presiden, kemudian dibentuklah Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) berdasarkan Keppres Nomor 75 Tahun 1999.

Dalam konteks ketatanegaraan, KPPU merupakan lembaga negara komplementer (*state auxiliary organ*),<sup>94</sup> yang mempunyai wewenang berdasarkan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 untuk melakukan penegakan hukum persaingan usaha. Secara sederhana *state auxiliary organ* adalah lembaga negara yang dibentuk diluar konstitusi dan merupakan lembaga yang membantu pelaksanaan tugas lembaga negara pokok (Eksekutif, Legislatif, Yudikatif)<sup>95</sup> yang sering juga disebut dengan lembaga independen semu negara (*quasi*). Peran sebuah lembaga independen semu negara (*quasi*) menjadi penting sebagai upaya responsif bagi negara-negara yang tengah transisi dari otoriterisme ke demokrasi.<sup>96</sup>

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

---

<sup>94</sup> Budi L. Kagramanto, *Implementasi UU No. 5 Tahun 1999 oleh KPPU*, (Jurnal Ilmu Hukum Yustisia, 2007), hlm. 2.

<sup>95</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Kosolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, (Konpress, 2006), hlm. 24.

<sup>96</sup> <http://www.reformasihukum.org>

sanksi baik pidana maupun perdata, kedudukan KPPU lebih merupakan lembaga administratif karena kewenangan yang melekat padanya adalah kewenangan administratif, sehingga sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif. Sebagai lembaga administratif, KPPU bertindak demi kepentingan umum. KPPU berbeda dengan pengadilan perdata yang menangani hak-hak subjektif perorangan, oleh karena itu KPPU harus mementingkan kepentingan umum dari pada kepentingan perorangan dalam menangani dugaan pelanggaran hukum antimonopoli.<sup>97</sup>

Dalam Pasal 35 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dijelaskan bahwa tugas KPPU adalah:

1. Melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
2. Melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
3. Melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha.
4. Mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi sebagaimana diatur dalam Pasal 36.

---

<sup>97</sup> Knud Hansen, et.al., *op.cit.*, hlm.389.

5. Memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
6. Menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.
7. Memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan DPR.<sup>98</sup>

KPPU menjalankan tugas untuk mengawasi tiga hal pada Undang-undang tersebut:

1. Perjanjian yang dilarang, yaitu melakukan perjanjian dengan pihak lain untuk secara bersama-sama mengontrol produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dapat menyebabkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat seperti perjanjian penetapan harga, diskriminasi harga, boikot, perjanjian tertutup, oligopoli, *predatory pricing*, pembagian wilayah, kartel, *trust* (persekutuan), dan perjanjian dengan pihak luar negeri yang dapat menyebabkan persaingan usaha tidak sehat.
2. Kegiatan yang dilarang, yaitu melakukan kontrol produksi dan/atau pemasaran melalui pengaturan pasokan, pengaturan pasar yang dapat menyebabkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

---

<sup>98</sup> Andi Fahmi Lubis, et.al., *op. cit.*, hlm. 314.

3. Posisi dominan, pelaku usaha yang menyalahgunakan posisi dominan yang dimilikinya untuk membatasi pasar, menghalangi hak-hak konsumen, atau menghambat bisnis pelaku usaha lain.<sup>99</sup>

Berdasarkan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara, dijelaskan bahwa tahap penanganan perkara terdiri atas:

1. Penanganan perkara berdasarkan laporan Pelapor terdiri atas tahap sebagai berikut:
  - a. Laporan;
  - b. Klarifikasi, yaitu kegiatan yang dilakukan oleh unit kerja yang menangani laporan untuk mendapat bukti awal dalam perkara laporan;<sup>100</sup>
  - c. Penyidikan;
  - d. Pemberkasan, serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh unit kerja yang menangani Pemberkasan dan Penanganan perkara untuk meneliti kembali Laporan Hasil Penyelidikan guna menyusun rancangan Laporan dugaan pelanggaran untuk dilakukan gelar laporan;<sup>101</sup>
  - e. Sidang Majelis Komisi, ialah serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh Majelis Komisi dalam sidang yang terbuka untuk umum terdiri atas Pemeriksaan Pendahuluan dan Pemeriksaan lanjutan untuk menilai ada atau tidak adanya bukti pelanggaran guna menyimpulkan

---

<sup>99</sup> I Made Sarjana, *Prinsip Pembuktian dalam Hukum Acara Persaingan Usaha*, Cetakan Pertama (Sidoarjo: Zifatama Publisher, 2014), hlm. 37.

<sup>100</sup> Pasal 1 ayat (4) Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010.

<sup>101</sup> Pasal 1 ayat (7) Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010

dan memutuskan telah terjadi atau tidak terjadinya pelanggaran serta penjatuhan sanksi berupa tindakan administratif sebagaimana diatur dalam Undang-undang; dan

- f. Putusan Komisi, penilaian Majelis Komisi yang dibacakan dalam sidang terbuka untuk umum tentang telah terjadi atau tidak terjadinya pelanggaran serta penjatuhan sanksi berupa tindakan administratif sebagaimana diatur dalam Undang-undang.<sup>102</sup>
2. Penanganan perkara berdasarkan laporan Pelapor dengan permohonan ganti rugi terdiri atas tahap sebagai berikut:
    - a. Laporan;
    - b. Klarifikasi;
    - c. Sidang Majelis Komisi; dan
    - d. Putusan Majelis Komisi;<sup>103</sup>
  3. Penanganan perkara atas inisiatif Komisi terdiri atas tahap sebagai berikut:
    - a. Kajian;
    - b. Penelitian;
    - c. Pengawasan Pelaku Usaha;
    - d. Penyelidikan;
    - e. Pemberkasan;
    - f. Sidang Majelis Komisi; dan
    - g. Putusan Komisi.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010, Pasal 2 ayat (2).

<sup>103</sup> Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010, Pasal 2 ayat (3).

<sup>104</sup> Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010, Pasal 2 ayat (4).

Pada pasal 42 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 disebutkan alat-alat bukti pemeriksaan komisi berupa:

- a. Keterangan saksi,
- b. Keterangan ahli,
- c. Surat dan atau dokumen,
- d. Petunjuk,
- e. Keterangan pelaku usaha.<sup>105</sup>

Dalam hukum persaingan usaha, untuk menganalisa suatu tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha KPPU menggunakan dua model pendekatan yang digunakan untuk mengetahui apakah tindakan tersebut telah bertentangan dengan hukum persaingan usaha atau tidak. Pendekatan tersebut adalah *rule of reason (Rule Of Reason Approach)* dan *per se illegal (Per Se Illegal Approach)*.

Prinsip Pendekatan *Rule Of Reason* dalam persaingan usaha ini merupakan kebalikan dari dan lebih luas cakupannya jika dibandingkan dengan Prinsip Pendekatan *Per Se Illegal (Per Se Illegal Approach)*. Dalam prinsip pendekatan ini, penanganan terhadap perbuatan yang dituduhkan melanggar hukum persaingan harus mempertimbangkan situasi dan kondisi kasus. Karenanya perbuatan yang dituduhkan harus diteliti terlebih dahulu, apakah perbuatan itu telah membatasi persaingan secara tidak patut. Untuk itu, disyaratkan bahwa penggugat dapat menunjukkan akibat yang ditimbulkan

---

<sup>105</sup> Devi Meyliana, *op. cit.*, hlm. 35.



dari perjanjian, kegiatan, dan posisi dominan yang telah menghambat persaingan dan atau menyebabkan kerugian.<sup>106</sup>

Dengan kata lain, Prinsip Pendekatan *Rule Of Reason* mengharuskan pembuktian, mengevaluasi mengenai akibat perjanjian, kegiatan, atau posisi dominan tertentu guna menentukan apakah perjanjian atau kegiatan tersebut menghambat atau mendukung persaingan.<sup>107</sup> Dalam melakukan pembuktian harus melihat seberapa jauh tindakan yang merupakan anti persaingan tersebut berakibat kepada pengekangan persaingan di pasar.

Dalam substansi Undang-undang Anti Monopoli, umumnya mayoritas menggunakan prinsip pendekatan *Rule Of Reason*. Penggunaan *Rule Of Reason* tergambar dalam konteks kalimat yang membuka alternatif interpretasi bahwa tindakan tersebut harus dibuktikan dulu akibatnya secara keseluruhan dengan memenuhi unsur-unsur yang ditentukan dalam Undang-undang apakah telah mengakibatkan terjadinya praktik monopoli ataupun praktik persaingan tidak sehat.<sup>108</sup>

Prinsip pendekatan *Rule Of Reason* biasanya ditandai dengan akhir kalimat yang menyebutkan “mengakibatkan atau dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan tidak sehat, atau juga dengan kalimat patut diduga.” Adapun pasal-pasal yang mengandung mengandung prinsip pendekatan *Rule Of Reason* adalah Oligopoli, Perjanjian Pembagian Wilayah (*Market Allocation*), Oligopsoni, Kartel, Trust, Integrasi Vertikal,

---

<sup>106</sup> Mustafa Kamal Rokan, *op. cit.*, hlm. 66

<sup>107</sup> R.S Khemani dan D.M. Shapiro, dikutip dari Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha (Teori Dan Praktiknya Di Indonesia)*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2010), hlm. 66.

<sup>108</sup> Musatafa Kamal Rokan, *op. cit.*, hlm. 67.

Monopoli, Monopsoni, Penguasaan Pasar, Kegiatan Menjual Rugi (*Predatory Pricing*), Persekongkolan Tender, Jabatan Rangkap, serta Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan.

Prinsip pendekatan *Per Se Illegal* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha, dimana prinsip ini menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tertentu. Kegiatan yang dianggap sebagai *Per Se Illegal* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali.

Larangan-larangan yang bersifat *Per Se* adalah larangan yang bersifat jelas, tegas, dan mutlak dalam rangka memberi kepastian bagi para pelaku usaha. Larangan ini bersifat tegas dan mutlak disebabkan perilaku yang sangat mungkin merusak persaingan, sehingga tidak perlu lagi melakukan pembuktian akibat perbuatan tersebut. Tegasnya prinsip *Per Se* melihat perilaku atau tindakan yang dilakukan adalah bertentangan dengan hukum.<sup>109</sup>

## 2. Praktek Diskriminasi dalam Persekongkolan Tender Dikaitkan dengan Penguasaan Pasar

Selain Pasal 19 huruf d, pasal lain yang memiliki unsur praktek diskriminasi terdapat dalam Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

---

<sup>109</sup> *Ibid.*, hlm. 72.

Pada pasal ini dijelaskan bahwa Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Secara eksplisit dalam persekongkolan pasti akan ada praktek diskriminasinya namun berbeda lagi halnya dengan praktek diskriminasi dalam pasal 19 huruf d, dalam pasal 22 ini praktek diskriminasi yang dimaksud lebih kepada diskriminasi dalam hal untuk menentukan pemenang tender, artinya pelaksana tender bersekongkol dengan peserta tender yang dimaksud untuk menjadi pemenang tender. Tender yang dilakukan hanya untuk memenuhi persyaratan formal sesuai dengan ketentuan pengadaan barang dan jasa. Hal ini terjadi karena calon pemenang biasanya sudah ditunjuk terlebih dahulu pada saat tender berlangsung yaitu karena adanya unsur suap kepada panitia atau pejabat yang mempunyai pengaruh.<sup>110</sup> Dengan adanya persekongkolan ini maka terjadilah diskriminasi terhadap peserta tender lainnya yang pada dasarnya memiliki kesempatan yang sama untuk menang dalam tender tersebut.

Melihat dari kasus yang diteliti yaitu berkaitan dengan praktek diskriminasi maupun persekongkolan tender maka sebagai lembaga atau komisi yang dibentuk untuk melakukan penegakan hukum persaingan usaha di Indonesia, KPPU melaksanakan tugasnya melalui putusan-putusan perkara yang terkait dengan hal-hal yang bertentangan dengan hukum persaingan

---

<sup>110</sup> Budi L. Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya: Srikandi, 2007), hlm. 34.

usaha yang ada, khususnya dalam hal ini kasus atas dugaan pelanggaran Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

1. Penjualan dua unit Tanker Very Large Crude Carrier (VLCC) milik Pertamina, Putusan Nomor. 07/KPPU-L/2004.

- a. Posisi Kasus

Seperti yang telah dibahas sebelumnya, kasus ini berawal dari laporan yang diterima KPPU yang menyatakan terdapat dugaan pelanggaran Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 pada penjualan 2 (dua) unit tanker VLCC Pertamina yang dilakukan oleh:

1. PT Pertamina (Persero), (Terlapor I);
2. Goldman Sachs (Singapore), Pte. (Terlapor II);
3. Frontline, Ltd. (Terlapor III);
4. PT Corfina Mitrakreasi, (Terlapor IV);
5. PT Perusahaan Pelayaran Equinox, (Terlapor V).

Dalam pemeriksaan, Majelis Komisi menemukan fakta telah dibangun 2 (dua) unit tanker VLCC pada November 2002. Pembangunan ini dilaksanakan oleh Hyundai Heavy Industri di Ulsan, Korea. Untuk keperluan pendanaan, Pertamina merencanakan penerbitan obligasi atas nama PT Pertamina Tongkang, namun dibatalkan dan dilakukan kajian ulang terhadap kelayakan atas kepemilikan VLCC. Pada April 2004 Direksi Pertamina mengambil kebijakan untuk menjual dua unit VLCC dengan membentuk Tim Divestasi internal dan menunjuk Goldman Sachs sebagai financial advicor dan arranger tanpa melalui tender.

Terdapat bukti persekongkolan dalam penjualan dua unit tanker VLCC antara Pertamina dan Godman Sachs dengan indikasi:

1. Memberikan kesempatan kepada Fontline melalui brokernya (PT Equinox) untuk memasukkan penawaran ketiga saat batas waktu pengajuan penawaran telah ditutup tanggal 7 Juni 2004. Selain itu, terbukti adanya korespondensi email PT Equinox selaku broker dengan frontline pada 9 Juni 2004.
2. Penawaran ketiga frontline yang berbeda tipis sebesar US\$ 500 ribu dengan penawaran yang kedua dari Essar.
3. Pembukaan sampul penawaran ketiga frontline tidak dilakukan dihadapan notaris (sebagaimana yang diatur dalam ketentuan tender yang dibuat oleh Godman Sach/request for bid). Akibatnya terdapat kerugian antara US\$ 20 juta-US\$ 56 juta untuk dua unit VLCC karena harga yang diperoleh hanya sebesar US\$ 184 juta untuk 2 unit tanker VLCC, jauh dibawah harga pasar saat itu (Juli 2004) yang berkisar antara US\$ 204-240 juta untuk dua unit VLCC.

KPPU menemukan bukti bahwa Pertamina juga melakukan diskriminasi dengan menunjuk langsung Godman Sachs sebagai FA dan arranger untuk proses penjualan tanker tersebut. Dalam putusan perkara ini, KPPU memutuskan bahwa:

1. Menyatakan bahwa PT Pertamina (Persero) terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf d Undang-undang Nomor 5

- Tahun 1999 dalam hal penunjukan langsung Goldman Sachs (Singapore), Pte. sebagai financial advisor dan arranger;
2. Menyatakan bahwa PT Pertamina dan Goldman Sachs (Singapore), Pte. terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf d Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam hal penerimaan penawaran (bid) ketiga dari Frontline, Ltd.;
  3. Menyatakan bahwa PT Pertamina (Persero), Goldman Sachs (Singapore), Pte., Frontline, Ltd. dan PT Perusahaan Pelayaran Equinox terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999;
  4. Menyatakan PT Corfina Mitrakreasi tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999;
  5. Menghukum Goldman Sachs (Singapore) Pte. membayar denda sebesar Rp. 19.710.000.000 (sembilan belas miliar tujuh ratus sepuluh juta Rupiah);
  6. Menghukum Frontline, Ltd. membayar denda Rp. 25.000.000.000 (dua puluh lima miliar Rupiah).
  7. Menghukum PT Perusahaan Pelayaran Equinox membayar denda sebesar Rp. 16.560.000.000 (enam belas miliar lima ratus enam puluh juta Rupiah).
  8. Menghukum masing-masing Terlapor untuk membayar ganti rugi:

- a. Goldman Sachs (Singapore), Pte. sebesar Rp. 60.000.000.000,00 (enam puluh miliar Rupiah);
- b. Frontline, Ltd. sebesar Rp. 120.000.000.000,00 (seratus dua puluh miliar Rupiah).

Terhadap Putusan KPPU tersebut Mahkamah Agung membatalkan putusan KPPU dengan segala akibat hukumnya, dengan dasar bahwa makna praktek diskriminasi secara substantif berbeda. Dimana Pasal 19 huruf d hanya mengatur tentang kegiatan yang dilarang terhadap pelaku usaha yang melakukan penguasaan pasar dalam hal ini untuk penguasaan pasar dari kapal tanker (VLCC).

- b. Dasar pertimbangan KPPU menggunakan Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

Pertimbangan KPPU dalam menggunakan Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 yaitu karena KPPU berasumsi bahwa dalam tender penjualan 2 Unit tanker VLCC PT. Pertamina dalam hal ini sebagai pelaku usaha yang pertama, telah melakukan praktek diskriminasi dengan penunjukan langsung terhadap Goldman Sachs (Singapore), Pte. sebagai financial advisor dan arranger dalam divestasi VLCC, yang kedua telah menerima penawaran/bid ketiga dari Frontline, Ltd. Selanjutnya KPPU menduga bahwa telah terjadi persekongkolan yang dimaksud Pasal 22 antara Terlapor I, II, III, IV, dan V dengan melihat indikasi yang ada.

Menurut penulis Pasal 19 huruf d tidak dapat dikenakan secara bersamaan dengan ketentuan Pasal 22, karena melihat dari identitas pelaku

usaha yang menjadi sasaran/target setiap ketentuan tersebut adalah berbeda. Sasaran dari Pasal 19 adalah pelaku usaha, sedangkan sasaran dari Pasal 22 adalah peserta tender yang mengajukan harga. Goldman Sachs (Singapore), Pte. tidak dapat dikategorikan ke dalam 2 (dua) sasaran tersebut karena Goldman Sachs (Singapore), Pte bukanlah penjual sebagaimana disebutkan dalam Pasal 19 huruf d, dan juga bukan peserta tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22.

Seandainya Pasal 19 huruf d dapat diterapkan dalam perkara ini (quod non-padahal tidak) berdasarkan bukti-bukti yang diajukan, KPPU tidak dapat membuktikan dan Mahkamah Agung tidak mempunyai dasar untuk menemukan kriteria yang disyaratkan oleh Pasal 19 huruf d dalam hal:

- a. penguasaan pasar oleh Goldman Sachs (Singapore), Pte.,
  - b. posisi dominan dalam pasar dan yang ketiga Goldman Sachs (Singapore), Pte. bukan pelaku usaha atau tidak dapat dikategorikan sebagai pelaku usaha dalam hal ini pelaku usaha dalam pasar tanker VLCC.<sup>111</sup>
2. Pelaksanaan Tender alat kesehatan Rumah Sakit Daerah Cibinong, Putusan Nomor. 13/KPPU-L/2005.
- a. Posisi Kasus

---

<sup>111</sup> Putusan Perkara Nomor. 07/KPPU-L/2004 tentang Penjualan dua unit Tanker Very Large Crude Carrier (VLCC) milik Pertamina.



Kasus ini merupakan perkara mengenai pengadaan barang dan/atau jasa di BRSD Cibinong yang melibatkan para peserta tender, panitia tender, dan distributor alat medis. Selain masalah persekongkolan tender, KPPU juga menemukan bukti adanya diskriminasi yang dilakukan oleh panitia tender dan distributor alat medis tersebut. Yang menjadi Terlapor adalah:

1. dr. Radianti, M.A.R.S. sebagai Ketua Panitia Tender (Terlapor I);
2. PT. Bhakti Wira Husada (Terlapor II);
3. PT. Wibisono Elmed (Terlapor III);
4. PT. Nauli Makmur Graha (Terlapor IV);
5. PT. Bhineka Usada Raya (Terlapor V);
6. dr. Julianti Juliah, M.A.R.S., sebagai Direktur/Kepala BRSD Cibinong Kabupaten Bogor (Terlapor VI).

Dari pemeriksaan terungkap telah terjadi persekongkolan antara Terlapor dengan Panitia Tender. Persekongkolan tersebut terjadi dalam mengatur, menentukan, dan mengarahkan proses tender untuk kepentingan Terlapor, melalui perlakuan *eksklusif* (khusus) dan keringanan persyaratan pelelangan terhadap Terlapor yang berbeda dengan peserta yang lain. Bentuk perlakuan khusus ini yang diduga praktek diskriminasi dalam rangka penguasaan pasar dan persekongkolan tender yang dilakukan baik sendiri maupun bersama-sama oleh Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, dan Terlapor VI. Terdapat juga keringanan persyaratan yang menyatakan bahwa Terlapor I tidak mempersyaratkan

serta mengecek status terdaftar alat kedokteran yang ditenderkan di Departemen Kesehatan untuk 21 (dua puluh satu) item alat kedokteran yang menurut ketentuan seharusnya berlaku untuk seluruh alat kedokteran yang ditenderkan.

Dalam pemeriksaan KPPU, terungkap bahwa Terlapor V mempengaruhi Terlapor I sehingga penyusunan spesifikasi alat kedokteran dalam persyaratan tender mengacu dan mengarah pada spesifikasi alat-alat kedokteran yang termuat dalam brosur-brosur Terlapor V. Bahwa Terlapor V sebagai distributor alat kesehatan melakukan tindakan diskriminasi dalam pemberian surat dukungan sehingga hanya Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV dan CV. Darmakusumah yang mendapatkan surat dukungan. Tindakan diskriminatif dalam pemberian surat dukungan tersebut memberi kesempatan yang lebih besar pada keempat perusahaan tersebut untuk memenangkan tender dan menutup kesempatan bagi perusahaan lain untuk bersaing secara sehat dalam tender tersebut.

Terlapor I melakukan tindakan diskriminasi pada saat melakukan evaluasi dokumen penawaran peserta tender berupa pemberian perlakuan istimewa terhadap dokumen penawaran Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV. Selain itu, dilakukan juga pengaturan harga penawaran oleh Singgih Wibisono (Direktur Utama PT. Bhineka Usaha Raya), Ari Wibowo Wibisono (Direktur Utama PT. Wibisono Elmed yang juga merupakan anak dari Singgih Wibisono) dan Hasan Karamo (Direktur PT. Bhineka Usaha Raya yang juga merupakan staff PT. Wibisono Elmed).

Persekongkolan untuk mengatur PT. Bhakti Wira Husada sebagai pemenang tender terbukti dari adanya persamaan dukungan distributor untuk seluruh alat kesehatan yang ditenderkan dan adanya persesuaian harga pada dokumen penawaran PT. Bhakti Wira Husada, PT. Wibisono Elmed, PT. Nauli Makmur Graha dan CV. Darmakusumah.

Berdasarkan hal-hal tersebut maka KPPU memutuskan bahwa:

1. Terlapor V terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf d Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999;
2. Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V dan Terlapor VI terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999;
3. Menghukum Terlapor V untuk membayar denda sebesar Rp.3.600.000.000,- (tiga milyar enam ratus juta rupiah) dan Menghukum Terlapor III untuk membayar denda sebesar Rp.1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai setoran penerimaan negara bukan pajak Departemen Keuangan Direktorat Jenderal Anggaran Kantor Pelayanan Perbendaharaan Negara (KPPN) Jakarta I, selambat lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak dibacakannya putusan;
4. Melarang Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV untuk mengikuti kegiatan tender dan atau terlibat dalam kegiatan pengadaan alat-alat kedokteran di Rumah Sakit Pemerintah di seluruh Indonesia selama 2 (dua) tahun sejak dibacakannya putusan ini.

Terlapor dalam perkara ini kemudian mengajukan keberatannya atas Putusan KPPU tersebut ke Pengadilan Negeri (PN) di domisili hukumnya masing-masing. Berdasarkan Penetapan Mahkamah Agung, pemeriksaan atas perkara tersebut digabungkan di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dengan putusan Nomor.02/KPPU/2006/PN.Jak.Sel, mengabulkan permohonan keberatan dari salah satu Pemohon yaitu Pemohon IV; PT. Bhineka Usada Raya (yang dahulu Terlapor V), menyatakan Pemohon IV tidak melanggar Pasal 19 huruf d dan Pasal 22, dan menyatakan putusan KPPU tidak mengikat dan mempunyai akibat hukum terhadap Pemohon IV. Dengan demikian, Putusan Pengadilan telah membatalkan sebagian dari Putusan KPPU. Akibatnya, KPPU dan pelaku usaha yang tidak dikabulkan permohonannya oleh Pengadilan Negeri Jakarta Selatan mengajukan kasasi.

Dalam putusannya Mahkamah Agung membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor. 02/KPPU/2006/PN.Jak.Sel., kemudian memperbaiki putusan KPPU Nomor. 13/KPPU-L/2005 menjadi:

1. Menyatakan Terlapor V terbukti melanggar Pasal 19 huruf d;
2. Menyatakan Terlapor I, II, III, IV, V dan VI terbukti melanggar Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999;
3. Menghukum Terlapor V untuk membayar denda sebesar Rp.2.500.000.000,- dan menghukum Terlapor III untuk membayar denda Rp. 1.000.000.000,- yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran Penerimaan Negara Bukan Pajak Departemen Keuangan

Direktorat Jenderal Keuangan Anggaran Kantor Pelayanan Perbendaharaan Negara (KPPN) Jakarta I selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak dibacakannya putusan.

4. Serta dalam putusan KPPU ditentukan “Melarang Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV untuk mengikuti kegiatan tender dan atau terlibat dalam kegiatan pengadaan alat-alat kedokteran di Rumah Sakit Pemerintah di seluruh Indonesia selama 2 (dua) tahun sejak dibacakannya putusan, bahwa amar yang demikian tidak diatur didalam pemberian sanksi administratif sebagaimana diatur dalam Pasal 47 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, sehingga amar ini harus dibatalkan.<sup>112</sup>
- b. Dasar pertimbangan KPPU menggunakan Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

KPPU melihat dalam kasus ini memenuhi unsur-unsur dalam Pasal 19 huruf d yaitu:

1. Unsur pelaku usaha; yang dimaksud pelaku usaha dalam perkara ini adalah Terlapor V.
2. Unsur melakukan satu atau beberapa kegiatan; Terlapor V telah memberikan surat dukungan kepada Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, CV. Darmakusumah dan CV. Pesona Scientific

---

<sup>112</sup> Putusan Perkara Nomor 13/KPPU-L/2005 tentang Pelaksanaan Tender Alat Kesehatan Rumah Sakit Daerah Cibinong.

terhadap alat kedokteran yang ditawarkan oleh keempat perusahaan tersebut untuk memenuhi persyaratan yang dimuat dalam RKS.

3. Unsur sendiri maupun bersama pelaku usaha lain, dalam memberikan surat dukungan terhadap keempat perusahaan tersebut di atas, Terlapor V bertindak sendiri.
4. Unsur melakukan praktek diskriminasi; Terlapor V telah melakukan tindakan diskriminasi dalam hal pemberian surat dukungan dan pemberian harga alat.
5. Unsur pelaku usaha tertentu; Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV dan CV. Darmakusumah.
6. Unsur dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Yang dimaksud praktek monopoli sesuai dengan ketentuan Pasal 1 angka 2 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 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”. Tindakan diskriminasi yang dilakukan oleh Terlapor V kepada Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV mengakibatkan dikuasainya distribusi alat kedokteran pada tender pengadaan alat kedokteran di BRSD Cibinong APBD Tahun 2005 sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat. Persaingan usaha tidak sehat sesuai dengan ketentuan Pasal 1 angka 6

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 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”. Bentuk hambatan persaingan akibat tindakan diskriminatif yang dilakukan oleh Terlapor V adalah terhambatnya pelaku usaha lain selain Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV dan CV. Darmakusumah untuk memenuhi persyaratan tender dan terhambatnya CV. Pesona Scientific untuk menawarkan harga yang lebih.

7. Unsur pasar bersangkutan.

KPPU juga melihat terpenuhinya unsur-unsur dalam Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, yaitu:

1. Unsur pelaku usaha; yang dimaksud pelaku usaha dalam perkara ini adalah Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV dan Terlapor V.
2. Unsur bersekongkol; yang dimaksud bersekongkol adalah kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Kerjasama yang dilakukan oleh Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V dan Terlapor VI adalah untuk memenangkan Terlapor II yaitu dalam bentuk persesuaian harga penawaran dan tindakan diskriminatif Terlapor I dan Terlapor VI.

3. Unsur pihak lain, yang dimaksud dengan pihak lain ialah para pihak yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut. Para pihak yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender dalam tender pengadaan alat kedokteran di BRSD Cibinong adalah Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V dan Terlapor VI.
4. Unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender, yang dimaksud dengan tender berdasarkan penjelasan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah “tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Yang dimaksud tender dalam kasus ini adalah tawaran mengajukan harga untuk pengadaan alat-alat kedokteran di BRSD Cibinong yang diselenggarakan oleh Terlapor I sesuai dengan pengumuman Harian Jakarta Post tanggal 26 April 2005 dan pengumuman yang ditempelkan pada papan pengumuman di BRSD Cibinong. Adapun dimaksud dengan mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Terlapor I, Terlapor II,



Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V dan Terlapor VI telah bersekongkol yang bertujuan menyingkirkan CV. Pesona Scientific dan PT. Multi Megah Service serta peserta tender lainnya untuk memenangkan Terlapor II dalam tender pengadaan alat kedokteran di BRSD Cibinong.

5. Unsur persaingan usaha tidak sehat; Perilaku persekongkolan yang dilakukan oleh Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V dan Terlapor VI mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

Selain itu juga KPPU mempertimbangkan bahwa seluruh alat kedokteran yang ditawarkan peserta tender harus sudah terdaftar di Departemen Kesehatan; alat kedokteran yang tidak terdaftar di Departemen Kesehatan dapat dikategorikan sebagai barang ilegal; Terlapor II menawarkan alat kedokteran yang tidak terdaftar di Departemen Kesehatan dalam tender pengadaan alat kedokteran di BRSD Cibinong dan Terlapor I tidak mempersyaratkan status terdaftar untuk 21 (dua puluh satu) item alat kedokteran yang ditawarkan peserta tender meskipun menurut ketentuan yang berlaku keseluruhan item alat kedokteran yang ditenderkan harus terdaftar di Departemen Kesehatan.

Menurut analisa penulis, dalam kasus ini KPPU dapat membuktikan dengan kuat bahwa unsur-unsur dalam Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 terpenuhi sehingga putusan ini dikuatkan oleh putusan

Mahkamah Agung walaupun terdapat koreksi atas putusan KPPU mengenai hal sanksi administratif yang diberikan karena hal tersebut tidak diatur di dalam pemberian sanksi administratif sebagaimana diatur dalam Pasal 47 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, dengan kata lain KPPU telah melampaui batas wewenangnya dalam memberikan sanksi.

3. Pengadaan Lokomotif CC 204, Putusan Nomor. 05/KPPU-L/2010.

a. Posisi Kasus

Pada tahun 2009 PT. Kereta Api Indonesia (PT. KAI) melakukan pengadaan 20 Unit Lokomotif CC 204 yang kemudian dalam prosesnya dimenangkan oleh General Electric (GE), dalam hal pengadaan 20 Unit Lokomotif tersebut kemudian dilakukan proses pemeriksaan dan peradilan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dikarenakan terdapat indikasi adanya pelanggaran Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Dugaan atas pelanggaran Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 yaitu posisi PT. KAI sebagai satu-satunya Penyelenggara Sarana Perkeretaapian di Indonesia, dengan kata lain PT. KAI memiliki posisi dominan dalam hal penyelenggaraan lokomotif di Indonesia. Dalam pelelangan pengadaan Lokomotif ini telah mengarah pada spesifikasi merek/jenis tertentu dimana Lokomotif CC 204 dari GE telah digunakan sejak tahun 2000, dan Spesifikasi Teknis Lokomotif dalam RKS yang

disampaikan oleh Panitia kepada Tim merupakan spesifikasi teknis Lokomotif dari GE dengan merek New C20-EMP. Tindakan dari PT Kereta Api (Persero) yang menunjuk GE telah menghilangkan persaingan penawaran dari produsen Lokomotif lain, dan tidak adanya pilihan sebagai pembanding penawaran GE untuk mendapatkan penawaran dari sisi harga maupun kualitas yang bersaing.

Kemudian tanggal 31 Agustus 2010, KPPU memutuskan dalam putusan Nomor: 05/KPPU-L/2010 menyatakan bahwa:

1. Terlapor I General Electric (GE) Transportation tidak terbukti melanggar Pasal 19 huruf d Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.
2. Terlapor II PT Kereta Api (Persero) terbukti secara sah dan menyakinkan melanggar Pasal 19 huruf d Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.
3. Terlapor I General Electric (GE) Transportation dan Terlapor II PT Kereta Api (Persero) terbukti secara sah dan menyakinkan melanggar Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
4. Memerintahkan kepada Terlapor II PT Kereta Api (Persero) untuk membuat spesifikasi teknis sistem operasional perkeretapian termasuk lokomotif secara lebih detail yang tidak hanya mengacu pada produk Pemohon Keberatan.
5. Memerintahkan kepada Terlapor II PT. Kereta Api (Persero) untuk melakukan tender terbuka untuk pengadaan lokomotif dengan

mengacu pada spesifikasi teknis sistem operasional perkeretaapian sebagaimana dimaksud dalam butir 4 amar Putusan ini.

6. Menghukum Terlapor I General Electric (GE) Transportation untuk membayar denda sebesar Rp 1.500.000.000,00 (satu milyar lima ratus juta rupiah).
7. Menghukum Terlapor II: PT Kereta Api (Persero) untuk membayar denda sebesar Rp. 2.000.000.000,00 (dua milyar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

Kemudian dalam prosesnya pihak General Electric (GE) mengajukan keberatan terhadap Putusan KPPU Nomor: 05/KPPU-L/2010, kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sedangkan PT. KAI (Persero) mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri Bandung. Diputuskan bahwa terhadap permohonan tersebut Pengadilan Negeri Bandung telah mengambil putusan, yaitu Nomor: 01/Pdt/G/KPPU/ 2010/PN.BDG. tanggal 01 Juni 2011 yang amarnya sebagai berikut :

1. Mengabulkan Permohonan Keberatan Pemohon Keberatan I General Electric Company (GE) dan Pemohon Keberatan II PT. Kereta Api (persero) untuk seluruhnya;
2. Membatalkan Putusan Termohon Keberatan (Komisi Pengawas Persaingan Usaha) Nomor : 05/KPPU-L/2010 tertanggal 01 September 2010;

3. Menyatakan Pemohon Keberatan I General Electric (GE) dan Pemohon Keberatan II PT Kereta Api (persero) tidak terbukti melanggar pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak sehat;
4. Menyatakan Pemohon Keberatan II PT. Kereta Api (Persero) tidak terbukti melanggar pasal 19 huruf d dan pasal 22 Undang-undang Nomor 5 tahun 1999 tentang larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
5. Membebaskan Pemohon Keberatan I General Electric (GE) dari pembayaran denda sebesar Rp 1.500.000.000,- (satu milyar lima ratus juta rupiah) dan membebaskan pula Pemohon Keberatan II PT. Kereta Api (Persero) dari pembayaran denda sebesar Rp 2.000.000.000,- (dua milyar rupiah) ke Kas Negara.
6. Menghukum Termohon Keberatan Komisi Pengawasan Persaingan Usaha untuk mentaati Putusan ini;
7. Menghukum Termohon Keberatan Komisi Pengawasan Persaingan Usaha untuk membayar segala biaya yang timbul dalam perkara ini sebesar Rp. 347.000,- (tiga ratus empat puluh tujuh ribu rupiah);

Kemudian berdasarkan Putusan dari Pengadilan Negeri Bandung tanggal 01 Juni 2011, KPPU mengajukan permohonan kasasi secara lisan pada tanggal 15 Juni 2011 sebagaimana ternyata dari Akta Pernyataan Permohonan Kasasi No. 34/Pdt/KS/2011/PN.Bdg. yang dibuat oleh Panitera Pengadilan Negeri Bandung, permohonan diikuti oleh memori

kasasi yang memuat alasan-alasan yang diterima di Kepaniteraan Pengadilan Negeri Bandung pada tanggal 28 Juni 2011. Mahkamah Agung memutuskan dalam Putusan Nomor: 242 K/Pdt.Sus/2012 yang putusannya Menolak kasasi dari Pemohon Kasasi: Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia (KPPU), dan menghukum Pemohon Kasasi/Termohon Keberatan untuk membayar biaya perkara dalam semua tingkat peradilan yang dalam tingkat kasasi ini sebesar Rp.500.000,- (lima ratus ribu rupiah).

- b. Dasar pertimbangan KPPU menggunakan Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

Adapun dasar pertimbangan KPPU menggunakan Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 dalam hal ini karena:

1. PT. KAI (Persero) memberikan perlakuan khusus kepada General Electric (GE) dengan menunjuk secara langsung proses pembelian 20 unit lokomotif.
2. PT. KAI (Persero) tidak memberikan kesempatan kepada PT. Tri Hita Karana dalam berpartisipasi dalam pengadaan 20 unit lokomotif sehingga dengan demikian unsur melakukan praktek diskriminasi menjadi terpenuhi Pasal 19 huruf d.
3. KPPU juga berpendapat bahwa penunjukan langsung masih merupakan ruang lingkup tender sebagaimana diatur dalam Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 tahun 1999.
4. KPPU menilai ada unsur kesengajaan melakukan persekongkolan

yang dilakukan oleh PT. Kereta Api (Persero) untuk menentukan dan/atau mengatur General Electric (GE) Transportation sebagai satu-satunya peserta pengadaan dalam perkara tersebut, selain itu juga PT. KAI (Persero) dan General Electric (GE) diduga melanggar Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dikarenakan menurut KPPU unsur-unsur dalam Pasal 22 telah terpenuhi “unsur pelaku usaha (GE), unsur pihak lain (PT. KAI), unsur bersekongkol dalam hal ini PT. KAI (Persero) diduga bersekongkol dengan tujuan untuk mengatur dan memenangkan General Electric (GE), unsur mengatur dan menentukan pemenang tender, unsur terjadinya persaingan usaha tidak sehat dengan cara penunjukan langsung sehingga menghilangkan dan menghambat persaingan dengan pelaku usaha lainnya.

Menurut analisa penulis bahwa KPPU menerapkan Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 tidaklah tepat karena sama sekali tidak terbukti adanya praktek diskriminasi maupun bukti adanya persekongkolan tender antara PT. KAI dan General Electric. Berdasarkan alat bukti yang ada dasar pertimbangan KPPU dalam menerapkan pasal 19 huruf d dan 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah hanya berdasarkan persangkaan tanpa adanya didukung dengan bukti hukum yang kuat, dalam hal ini KPPU tidak dapat membuktikan dengan jelas dan tegas bahwa adanya persekongkolan tender (Pasal 22) yang dilakukan oleh PT. KAI (Persero) dan General Electric (GE), tidak terdapat bukti

tertulis ataupun keterangan saksi yang dapat membuktikan adanya persekongkolan antara PT. KAI (Persero) dan General Electric (GE).

Dalam hal PT. Tri Hita Karana (CSR) tidak diikuti sertakan dalam pengadaan 20 unit lokomotif tidak dapat dijadikan alasan yang kuat adanya praktek diskriminasi yang dilakukan oleh PT. KAI (Persero) dikarenakan PT. Tri Hita Karana belum terdaftar sebagai rekanan/vendor dari PT. KAI, selain itu pengadaan 20 unit lokomotif tidak dilakukan dengan proses tender tetapi dilakukan dengan proses penunjukan langsung sehingga pengadaan 20 unit lokomotif tidak disertakan vendor lain selain General Electric (GE). Selain itu dalam penentuan apakah pengadaan 20 unit lokomotif akan dilakukan dengan cara tender ataupun penunjukan langsung tidak dapat dijadikan sebuah alasan yang kemudian menyebabkan adanya diskriminasi karena PT. KAI (Persero) memiliki hak dalam hal ini menentukan pengadaan akan dilakukan dengan cara tender atau penunjukan langsung.

Penunjukan langsung yang dijelaskan oleh KPPU masih dalam ruang lingkup tender (Pasal 22) adalah sesuatu yang terkesan dipaksakan, walaupun dalam penjelasannya penunjukan langsung merupakan bagian dari proses tender/lelang juga termasuk kedalam Pasal 22, tapi tidak ada penjelasan lebih lanjut yang dapat menjelaskan bagaimana penunjukan langsung dapat dikatakan sebagai bagian dari proses tender atau tawaran untuk mengajukan harga. Sehingga sama sekali tidak ada justifikasi hukum yang kuat bahwa proses penunjukan



langsung dapat dianggap sebagai bagian dari proses tender karena sama sekali tidak ada tender di dalam mekanisme penunjukan langsung.

Dalam Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 80 Tahun 2003<sup>113</sup> tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah disebutkan: Dalam keadaan tertentu dan keadaan khusus, pemilihan penyedia barang/jasa dapat dilakukan dengan cara penunjukan langsung. Penunjukan langsung adalah metode pemilihan Penyedia Barang/Jasa dengan cara menunjuk langsung 1 (satu) Penyedia Barang/Jasa dengan cara melakukan negosiasi baik teknis maupun biaya sehingga diperoleh harga yang wajar dan dapat dipertanggungjawabkan.

Selanjutnya dalam hal alat bukti yang digunakan oleh KPPU yaitu:

1. Keterangan saksi/pelaku usaha: Keterangan Panitia Pengadaan yang menyatakan bahwa proses pengadaan ini memang sejak awal pengambilan dokumen pengadaan hanya mengundang Termohon Kasasi I; Keterangan Termohon Kasasi II yang secara tegas bahwa dalam pengadaan ini hanya menyatakan menginginkan lokomotif produksi Termohon Kasasi I dengan pertimbangan produk tersebut telah teruji; Keterangan Termohon Kasasi II yang menyatakan bahwa pihak lain yang berkeinginan berpartisipasi dalam pengadaan ini yaitu PT Tri Hita Karana tidak

---

<sup>113</sup> Saat ini Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010.

dapat diterima keinginannya karena belum terdaftar dalam Daftar Rekanan Terseleksi dan produknya belum teruji;

2. Surat dan atau dokumen, antara lain: Surat Perintah Pelaksanaan Pelelangan Nomor EL/67/ PL/LVN/VII/2009 tertanggal 15 Juli 2009 yang secara tegas menyatakan agar dilaksanakan proses pengadaan 20 (dua puluh) unit lokomotif CC 204 dengan cara Penunjukan Langsung (PNL) kepada Termohon Kasasi I; Dokumen Justifikasi Penunjukan Langsung (PNL) Pengadaan 20 (dua puluh) unit Lokomotif CC 204 kepada Termohon Kasasi I; Surat Termohon Kasasi II Nomor PL.103/VII/7/KA-2009 tertanggal 23 Juli 2009, perihal: Surat Permintaan Penawaran Harga, yang disampaikan kepada Termohon Kasasi I; Surat Termohon Kasasi I Ref Number 010/RDP/ Penawaran Harga, yang disampaikan kepada Termohon NL/08/2009 tertanggal 3 Agustus 2009, perihal: Negotiation Letter, yang disampaikan kepada Panitia Pelelangan/Pemilihan Langsung Kereta Api (Persero); Harga penawaran menjadi US\$ 40.480.000 (empat puluh juta empat ratus delapan puluh ribu dollar Amerika Serikat);

Bukti-bukti diatas merupakan bukti yang disampaikan oleh KPPU kepada Mahkamah Agung untuk membantah pendapat dari pengadilan negeri, namun apabila kita cermati dan kita analisa bukti-bukti tersebut sama sekali tidak terdapat bukti yang benar-

benar dapat menguatkan atau membuktikan adanya persekongkolan ataupun diskriminasi yang dilakukan oleh PT. KAI (persero) dan General Electric.<sup>114</sup>

Menguasai pasar serta mengatur dan menentukan pemenang tender terdapat hubungan simbiosisme antara dua tujuan tersebut, artinya bahwa salah satu tujuan akan tercapai dengan mencapai tujuan lain terlebih dahulu. Dalam persekongkolan tender, tujuan untuk menguasai pasar akan tercapai apabila para pihak yang bersekongkol dapat mengatur dan menentukan pemenang tender. Hal ini perlu diperhatikan karena apabila melihat bunyi Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 maka tujuan penguasaan pasar tidak disebutkan secara eksplisit. Demikian pula pada putusan-putusan KPPU tidak memuat legal reasoning dari unsur penguasaan pasar, tetapi hanya menganalisis fakta-fakta yang berkaitan dengan unsur mengatur dan menentukan pemenang tender. KPPU mengelaborasi unsur mengatur dan menentukan pemenang tender dalam persekongkolan tender berdasarkan ada tidaknya kerjasama yang dibentuk atau dibangun oleh pihak-pihak yang bersekongkol. KPPU dalam putusannya menegaskan bahwa persekongkolan tender terjadi apabila terdapat kerjasama, dan kerjasama yang dilakukan dapat mempengaruhi situasi persaingan dalam tender baik kerjasama secara horizontal maupun secara vertikal, dan persaingan menjadi tidak efektif karena adanya kerjasama untuk mengatur dan menentukan pemenang tender. Ketika KPPU menilai bahwa kerjasama dinyatakan sebagai persekongkolan

---

<sup>114</sup> Putusan Perkara Nomor. 05/KPPU-L/2010 tentang pengadaan Lokomotif CC 204.

maka dalam pertimbangan KPPU melekat analisis adanya tujuan untuk mengatur dan menentukan pemenang tender.<sup>115</sup>

Dalam prakteknya KPPU melakukan penerapan pasal dalam kasus tender dengan Pasal 22 kemudian dilapis dengan Pasal 19 huruf d untuk praktek diskriminasinya. Pelaku usaha yang memiliki posisi dominan dalam pasar kemudian mengikuti tender dan melakukan perbuatan melawan hukum yang menyebabkan unsur-unsur dalam Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 menjadi terpenuhi dapat dijerat dengan kedua pasal tersebut, akan tetapi harus dipahami bahwa esensi kedua pasal ini merujuk hal yang berbeda terutama dalam hal diskriminasi yang dimaksud dalam Pasal 19 huruf d dan yang dimaksud dalam Pasal 22. Terkadang dalam penerapan kedua pasal ini KPPU sering menafsirkan perbuatan diskriminasi ini dengan tidak tepat.

Dalam Pasal 19 huruf d dijelaskan dengan jelas 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 berupa: Melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu”. Artinya dalam Pasal 19 huruf d secara jelas yang dilarang adalah praktek diskriminasi dalam melakukan kegiatan usahanya (pasar/market) sehingga menyebabkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat. Sedangkan dalam Pasal 22 dijelaskan bahwa: “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat

---

<sup>115</sup> Yakub Adi Krisanto, *op. cit.*, hlm. 22.

mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”. Dalam pasal ini yang menjadi titik berat adalah persekongkolan yang terjadi dalam tender yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Secara jelas tidak disebutkan adanya praktek diskriminasi, dikarenakan diskriminasi yang terjadi dalam Pasal 22 adalah efek samping yang terjadi ketika pelaku usaha bersekongkol dalam menentukan pemenang tender sehingga pelaku usaha lainnya yang ikut dalam proses tender menjadi terdiskriminasi.<sup>116</sup>

Berdasarkan penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa kedua pasal tersebut mengatur aspek yang berbeda dalam penerapannya sehingga dapat dikatakan tidak tepat apabila KPPU selalu menjerat pelaku usaha yang diduga melakukan persekongkolan tender dengan Pasal 22 dan praktek diskriminasi yang merupakan efek samping dari persekongkolan tersebut dijerat dengan Pasal 19 huruf d, sebab jelas kedua pasal tersebut memiliki substansi yang berbeda.

Pasal 19 huruf d diperuntukkan untuk menjerat praktek diskriminasi yang tidak disebabkan oleh persekongkolan. Pasal ini hanya digunakan untuk menjerat praktek diskriminasi murni artinya tidak disebabkan oleh adanya tender (perkara non-tender), termasuk jika kartel, perjanjian tertutup dan didalamnya terdapat praktek diskriminasi maka dijerat dengan Pasal 19 huruf d. Sedangkan penggunaan Pasal 22 pasti terkait dengan tender dan lebih ditekankan pada unsur persekongkolan untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, baik didalamnya terdapat unsur diskriminasi maupun

---

<sup>116</sup> *Ibid.*

penghalangan tidak melibatkan pasal lain, artinya tetap dijerat dengan Pasal ini.<sup>117</sup>

Menganalisa contoh kasus yang diteliti, menurut penulis pertimbangan yang dibuat oleh KPPU dapat dikatakan sama. KPPU dalam kasus yang ditangani terkadang tidak dapat membuktikan secara benar apa yang diasumsikannya. Contohnya, dalam setiap proses tender pasti melibatkan lebih dari satu pelaku usaha artinya apabila ada persekongkolan didalam tender tersebut maka ada pelaku usaha yang terdiskriminasi dalam prosesnya, sehingga oleh KPPU persekongkolan dijerat dengan Pasal 22 dan praktek diskriminasinya dijerat dengan Pasal 19 huruf d. Namun, KPPU tidak dapat membuktikan dengan kuat bahwa telah terjadi hal-hal yang menjadi dugaannya sehingga seringkali dugaan yang dibuat oleh KPPU hanya menjadi sebuah asumsi yang tidak dapat dibuktikan dengan benar.

---

<sup>117</sup> Dendy R. Sutrisno, KPPU; Kepala bagian kerjasama dalam Negeri (Interview).