

BAB II

PERSAINGAN USAHA, TENDER DAN PERSEKONGKOLAN

A. Persaingan Usaha

1. Konsep dan Pengertian Persaingan Usaha di Indonesia

a. Konsep Persaingan Usaha di Indonesia

Konsep Persaingan usaha bermula dari penyusunan undang-undang antimonopoli yaitu perjanjian yang dilakukan antara Dana Moneter Internasional dengan Pemerintah Republik Indonesia, pada tanggal 15 Januari 1998. Dalam perjanjian tersebut, IMF menyetujui adanya pemberian bantuan keuangan kepada Republik Indonesia sebesar US\$ 43 miliar yang tujuannya untuk mengatasi krisis ekonomi, namun dengan syarat Indonesia dapat melaksanakan reformasi ekonomi dan hukum ekonomi tertentu. Syarat tersebut menyebabkan diperlukannya undang-undang antimonopoli. Meskipun terdapat perjanjian dengan IMF tetapi bukan satu-satunya alasan adanya penyusunan undang-undang tersebut.¹

Sejak 1989, telah terjadi diskusi yang cukup intens di Indonesia mengenai perlunya undang-undang antimonopoli. Saat terjadinya reformasi khususnya dalam kebijakan regulasi yang telah dilakukan sejak 1980, telah menimbulkan situasi yang dianggap sangat kritis dengan jangka waktu 10 tahun lamanya.² Munculnya konglomerat pelaku usaha yang dikuasai oleh

¹ Andi Fahmi Lubis dkk, *Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks & Konteks*, ROV Creative Media, Jakarta, 2009, Hlm.12-14.

² *Ibid.*

keluarga atau partai tertentu, selain itu konglomerat tersebut dikatakan menyingkirkan pelaku usaha mikro dan menengah melalui praktek usaha yang kasar dalam rangka untuk mempengaruhi penyusunan undang-undang juga pasar keuangan.

Tahun-tahun awal reformasi di Indonesia memunculkan rasa keprihatinan rakyat terhadap fakta bahwa perusahaan-perusahaan besar yang disebut konglomerat menikmati pangsa pasar terbesar dalam perekonomian nasional Indonesia. Berbagai cara mereka lakukan untuk mempengaruhi berbagai kebijakan ekonomi pemerintah sehingga mereka dapat mengatur pasokan atau supply barang dan jasa serta menetapkan harga-harga secara sepihak yang tentu saja menguntungkan mereka. Indonesia baru memiliki aturan hukum dalam persaingan usaha, setelah adanya inisiatif DPR disusun RUU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Pada tanggal 18 Februari 1999 RUU tersebut akhirnya disetujui saat sidang Paripurna DPR.³

Setelah seluruh prosedur terpenuhi, akhirnya undang-undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ditandatangani oleh Presiden B.J. Habibie dan diundangkan pada tanggal 5 Maret 1999 serta berlaku satu tahun setelah diundangkan.⁴ Berlakunya Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat sebagai tindak lanjut hasil Sidang Istimewa MPR-RI yang digariskan dalam Ketetapan MPR-RI No. X/MPR/1998 tentang Pokok-Pokok Reformasi

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

Pembangunan dalam Rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional, maka Indonesia memasuki babak baru pengorganisasian ekonomi yang berorientasi pasar.⁵ Dari konsideran menimbang Undang-undang No.5 Tahun 1999 dapat diketahui falsafah yang mendorong lahirnya, sekaligus memuat dasar pikiran perlunya disusun undang-undang tersebut, yaitu:

- 1) Bahwa pembangunan bidang ekonomi harus diserahkan kepada terwujudnya kesejahteraan rakyat berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.
- 2) Bahwa demokrasi dalam bidang ekonomi menghendaki adanya kesempatan yang sama bagi setiap warga negara untuk berpartisipasi dalam proses produksi dan pemasaran barang dan/atau jasa, dalam iklim usaha yang sehat, efektif dan efisien, sehingga dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dan bekerjanya ekonomi pasar yang wajar.
- 3) Bahwa setiap orang yang berusaha di Indonesia harus berada dalam situasi persaingan yang sehat dan wajar, sehingga tidak menimbulkan adanya pemusatan kekuatan ekonomi pada pelaku usaha tertentu, dengan tidak terlepas dari kesepakatan yang telah dilaksanakan oleh Negara RI terhadap perjanjian-perjanjian internasional.

Guna menciptakan usaha yang dilakukan di Indonesia, pelaku usaha harus berasaskan demokrasi ekonomi.⁶ dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan umum dan pelaku usaha. Sementara itu, tujuan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah sebagai berikut:

⁵ *Ibid.*

⁶ Undang-undang Dasar 1945, Pasal 33.

- a). Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat.
- b). Mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, menengah dan kecil.
- c). Mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha.
- d). Menciptakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Dalam penjabaran diatas dapat ditarik kesimpulan mengenai tujuan dari Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 bahwa pelaku usaha dalam melakukan usaha harus berasaskan pada asas demokrasi untuk mewujudkan perekonomian yang seimbang dengan mencegah persaingan usaha tidak sehat.

Fenomena bisnis pada era terdahulu memiliki perbedaan dengan sekarang. Pada era terdahulu, macam usaha yang dikelola para pelaku usaha cenderung sedikit dan hanya beberapa pengusaha ternama yang mampu mendominasi dan dikenal dipasaran. Penyelenggaraan ekonomi nasional kurang memperhatikan amanat Pasal 33 Undang-undang Dasar 1945, serta cenderung menunjukkan corak yang sangat monopolistic. Sehingga menimbulkan kesenjangan sosial dan menciptakan persaingan usaha yang tidak sehat di masyarakat.⁷

⁷ Devi Meyliana, *Hukum Persaingan Usaha: Studi Konsep Pembuktian Terhadap Perjanjian Penetapan Harga dalam Persaingan Usaha*, Setara Press, Malang, 2013, Hlm.15

Persaingan yang sehat dalam ekonomi pada pasar bebas memberikan empat keuntungan. Pertama, persaingan akan memberikan harga yang kompetitif. Kedua, adanya peningkatan kualitas hidup oleh karena inovasi yang terus menerus. Ketiga, mendorong dan meningkatkan mobilitas masyarakat. Keempat, adanya efisiensi produktif maupun alokatif.⁸

Dalam perluasan dari undang-undang tersebut diharapkan dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dalam upaya meningkatkan kesejahteraan umum dan sebagai pengimplementasian dari semangat Undang-undang Dasar 1945. Hukum dalam nyatanya mampu mewujudkan nilai-nilai kemanusiaan, kesejahteraan, keadilan dan terciptanya ketertiban umum.⁹

b. Pengertian Hukum Persaingan Usaha

Hukum persaingan usaha adalah hukum yang mengatur tentang interaksi perusahaan atau pelaku usaha di pasar, sementara tingkah laku perusahaan ketika berinteraksi dilandasi atas motif-motif ekonomi.¹⁰ Selain itu, Hermansyah mendefinisikan mengenai hukum persaingan usaha, yaitu seperangkat aturan hukum yang mengatur mengenai segala aspek yang berkaitan dengan persaingan usaha, yang mencakup hal-hal yang boleh dilakukan dan hal-hal yang dilarang dilakukan oleh pelaku usaha.¹¹

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Andi Fahmi Lubis, Dkk., *Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks*. Creative Media, Jakarta, 2009, hlm. 21

¹¹ Hermansyah, *Pokok-pokok Persaingan Usaha di Indonesia*, Cetakan ke-2, Prenada Media, Jakarta, 2009, hlm.2

Adapun penjelasan lain mengenai hukum persaingan usaha dijelaskan oleh Arie Siswanto, bahwa hukum persaingan usaha (competition law) adalah instrument hukum yang menentukan tentang bagaimana persaingan itu harus dilakukan.¹²

Maka, dapat ditarik kesimpulan mengenai hukum persaingan usaha bahwa hukum yang menjelaskan keseluruhan aspek persaingan usaha dimana meliputi kegiatan yang dapat dilakukan dan kegiatan yang dapat melanggar norma dan aturan yang berlaku juga menimbulkan kerugian pada masyarakat. Kerugian tersebut dapat berupa materiil maupun immaterial.

2. Pengaturan Persaingan Usaha

Terciptanya pengaturan persaingan usaha yaitu adanya Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang membantu mewujudkan struktur ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945. Dijelaskan bahwa dalam Pasal 33 Ayat (1) UUD 1945.¹³ Menjelaskan bahwa ekonomi diatur berdasarkan kerjasama sesuai prinsip gotong royong, dimana selaras dengan pikiran demokrasi ekonomi, yang dimaksudkan dalam Pasal 2 dan 3 Undang-undang antimonopoli.¹⁴ Hal tersebut, perlu dipatuhi oleh seluruh pelaku usaha agar memberikan manfaat dan nilai-nilai dalam melakukan persaingan usaha yang sehat di dalam pasar yang sempurna.

¹² Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Cetakan ke-2, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004, hlm.3

¹³ Undang-undang Dasar Tahun 1945, Pasal 33.

¹⁴ Undang-undang No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Pasal 2-3.

3. Prinsip/Asas Persaingan Usaha

Hukum Persaingan Usaha memiliki dasar kebijakan politik perekonomian nasional dan mengacu pada aturan Pasal 33 Undang-undang Dasar 1945 jelas menyatakan bahwa perekonomian nasional dibangun atas dasar falsafat demokrasi ekonomi dalam wujud ekonomi kerakyatan.¹⁵

Prinsip tersebut dijelaskan pula dalam Pasal 2 Undang-undang No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha menyatakan bahwa, Pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum.¹⁶

4. Pendekatan Persaingan Usaha

Secara prosedural, dikenal dua teori dalam hukum persaingan usaha. Pertama, teori yang melarangnya secara tegas, tanpa melihat apakah ada eksese negatifnya. Beberapa bentuk kartel, monopoli dan persaingan tidak fair, harus dianggap dengan sendirinya bertentangan dengan hukum. Titik beratnya adalah unsur formal dari perbuatan tersebut. Teori ini dikenal dengan teori *per-se illegal*.

Suatu prinsip *per-se illegal* dalam pengadilan akan dihukum tanpa proses penyidikan yang rumit. Jenis perilaku yang ditetapkan secara *per-se illegal* hanya akan dilaksanakan, setelah pengadilan memiliki pengalaman yang memadai terhadap perilaku tersebut, yakni bahwa perilaku tersebut hampir selalu bersifat anti

¹⁵ Devi Meyliana, *Hukum Persaingan Usaha: Studi Konsep Pembuktian Terhadap Perjanjian Penetapan Harga dalam Persaingan Usaha*, Setara Press, Malang, 2013, Hlm.5

¹⁶ Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Pasal 2.

persaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat social. Prinsip *per-se illegal* ditinjau dari sudut proses administratif adalah mudah, hal ini disebabkan karena metode ini membolehkan pengadilan menolak melakukan penyelidikan secara rinci, yang biasanya memerlukan waktu lama dan biaya yang mahal guna mencari fakta di pasar yang bersangkutan.¹⁷

Kedua, teori yang melarang kartel dan monopoli jika dapat dibuktikan ada efek negatifnya yang dikenal dengan nama *teori rule of reason*. Praktek monopoli dan bentuk persaingan tidak fair lainnya baru dianggap bertentangan dengan hukum jika akibatnya dapat merugikan pesaing dan/atau konsumen. Titik beratnya adalah unsur material dari perbuatannya. Dalam teori yang kedua ini dipakai metode “keseimbangan” dalam salah satu cara aplikasinya dengan melihat kecenderungan apakah kartel tersebut benar-benar menghancurkan persaingan pasar atau sebaliknya bahkan dapat memacu hukum pasar tentang “*supply dan demand*”.¹⁸

Penggunaan prinsip *rule of reason* memungkinkan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap undang-undang. Keunggulan *rule of reason* adalah menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti, yaitu apakah suatu tindakan pelaku usaha memiliki implikasi kepada persaingan. Apabila menerapkan *per-se illegal*, maka tindakan pelaku usaha tertentu selalu dianggap melanggar undang-undang tanpa harus membuktikan akibatnya lebih lanjut.¹⁹

¹⁷ Devi Meyliana, op.cit, Hlm.17

¹⁸ Devi Meyliana, op.cit, Hlm.29.

¹⁹ *Ibid*, Hlm.30.

Guna menentukan pilihan terhadap kedua prinsip tersebut, maka terdapat pedoman untuk menentukan penerapan salah satu dari kedua analisis tersebut. Pedoman tersebut menurut Herbert Hovenkamp, meliputi antara lain beberapa pertimbangan, yaitu:

- a. Jika perjanjian melibatkan para pesaing maka lebih dimungkinkan menggunakan analisis *per-se illegal*
- b. Jika melibatkan suatu ‘jaringan industri’ maka akan digunakan analisis *per-se illegal*.
- c. Jika secara ‘eksplisit’ berpengaruh terhadap harga atau produk maka akan menerapkan analisis *per-se illegal*.
- d. Jika perjanjian berpengaruh terhadap harga atau produk tersebut bersifat terbuka akan diterapkan *per-se illegal*. Namun, jika perjanjian tersebut merupakan tambahan (*ancillary*) maka dapat menerapkan pendekatan *rule of reason*.²⁰

Oleh karena itu dapat ditarik kesimpulan bahwa kedua prinsip tersebut dapat dibedakan secara jelas. Terlihat dari penggunaan Bahasa seperti “dilarang” untuk prinsip *per-se illegal* dan “yang dapat mengakibatkan” adalah bentuk dari prinsip *rule of reason*. Terlihat pula dari subjek antara para pesaing dan jaringan industri. Hal tersebut menjelaskan perbedaan yang mudah dipahami.

²⁰ Ubaidillah Kamal dan Abdullah Azzam, “Kajian Yuridis Praktek Persekongkolan dalam Tender Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah”, Jurnal Meta-Yuridis, Vol.2, No.1, 2019, Jawa Barat, Hlm. 49

5. Macam-macam Pelanggaran Persaingan Usaha Tidak Sehat

Bentuk pelanggaran persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat atau lebih dikenal dengan sebutan UU Antimonopoli, dapat dibagi menjadi: perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang dan posisi dominan

a. Perjanjian yang Dilarang

Perjanjian terjadi karena suatu perbuatan tersebut dilakukan oleh pelaku usaha sebagai para pihak dalam perjanjian, perjanjiannya dapat dibuat secara tertulis atau tidak tertulis dan tidak menyebutkan tujuan perjanjian. Berikut adalah macam perjanjian yang dilarang:

- 1). Oligopoli (Pasal 4 UU Antimonopoli)
- 2). Perjanjian Penetapan Harga (Pasal 5 UU Antimonopoli)
- 3). Diskriminasi Harga dan Diskon (Pasal 6 sampai dengan Pasal 8 UU Antimonopoli)
- 4). Pembagian wilayah (Pasal 9 UU Antimonopoli)
- 5). Pemboikotan (Pasal 10 UU Antimonopoli)
- 6). Kartel (Pasal 11 UU Antimonopoli)
- 7). Trust (Pasal 12 UU Antimonopoli)
- 8). Oligopsoni (Pasal 13 UU Antimonopoli)
- 9). Integrasi Vertikal (Pasal 14 UU Antimonopoli)
- 10). Perjanjian tertutup (Pasal 15 UU Antimonopoli)

11). Perjanjian dengan Luar Negeri (Pasal 16 UU Antimonopoli)²¹

b. Posisi Dominan

Posisi dominan merupakan bentuk tindakan pelaku usaha yang berpotensi mengakibatkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Adapun presentase penguasaan pasar oleh pelaku usaha sehingga dapat dikatakan menggunakan posisi dominan adalah apabila:

- 1). Satu Pelaku usaha menguasai 50% atau lebih pangsa dalam satu jenis barang dan atau jasa tertentu.
- 2). Dua atau tiga pelaku usaha menguasai 75% atau lebih pangsa pasar dalam satu jenis barang dan jasa tertentu.
- 3). Pemilikan saham atau terafiliasi (Pasal 27)

Dimana yang dilarang adalah kepemilikan saham. Pelaku usaha dilarang memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha sejenis yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

- 4). Penggabungan, peleburan dan pengambilalihan perusahaan (Pasal 25 dan Pasal 29)

Dalam menjalankan suatu perusahaan, pelaku usaha yang berbadan hukum maupun tidak berbadan hukum, bersifat tetap dan terus menerus dengan tujuan mencari laba, secara tegas dilarang melakukan penggabungan,

²¹ Devi Meyliana Savitri Kumalasari, *Hukum Persaingan Usaha: Studi Konsep Pembuktian Terhadap Perjanjian Penetapan Harga dalam Persaingan Usaha*, Setara Press, Malang, 2013, Hlm.21

peleburan, dan pengambilalihan perusahaan yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.²²

c. Kegiatan yang Dilarang

1). Monopoli (Pasal 17 UU Antimonopoli)

Bentuk monopoli yang dilarang adalah apabila memenuhi unsur-unsur melakukan kegiatan penguasaan atas produk barang, jasa atau tertentu dan penguasaan tersebut mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

2). Monopsoni (Pasal 18 UU Antimonopoli)

Kegiatan pelaku usaha yang dapat dikatakan melakukan kegiatan monopsoni apabila dilakukan oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha atau yang bertindak sebagai pembeli tunggal serta menguasai lebih 50% pangsa pasar satu jenis barang tertentu dan menyebabkan persaingan usaha tidak sehat.

3). Penguasaan Pasar (Pasal 19 UU Antimonopoli)

Pelaku usaha dilarang melakukan satu atau beberapa kegiatan, baik sendiri maupun Bersama pelaku usaha lain, sehingga mengakibatkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

4). Dumping (Pasal 20 UU Antimonopoli)

²² *Ibid*

Pelaku usaha dilarang melakukan pemasokan barang, jasa atau barang dan jasa dengan cara menjual rugi atau menetapkan harga yang sangat rendah (*dumping*) dari harga produksi yang sejenis dengan maksud untuk menyingkirkan pelaku usaha lain di pasar yang sama.²³

5). Manipulasi Biaya Produksi (Pasal 21 UU Antimonopoli)

Larangan bagi pelaku usaha melakukan kegiatan memanipulasi biaya produksi dan biaya lain yang akan diperhitungkan sebagai salah satu komponen harga barang dan/ jasa atau yang akan dipasarkan konsumen. Indikasi biaya yang dimanipulasi terlihat dari harga biaya yang lebih rendah dari yang seharusnya.

6). Persekongkolan (Pasal 22 UU Antimonopoli)

Persekongkolan biasanya terlihat seperti pandangan yang negatif di masyarakat. Pandangan tersebut disinyalir sebagai bentuk ketidakadilan, karena tidak memberikan kesempatan yang sama pada pelaku usaha yang lain dalam melakukan kegiatan penawaran didalam objek barang/jasa yang diperoleh dari penyelenggara. Persekongkolan berarti kerjasama antar pelaku usaha untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.²⁴ Selain itu, persekongkolan biasanya terjadi saat melakukan kegiatan dalam sektor

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

pengadaan barang dan/ jasa, baik yang dilakukan oleh pemerintah maupun oleh swasta atau yang biasa dikenal sebagai tender.

6. Lembaga Persaingan Usaha

Untuk mengawasi pelaksanaan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dibentuklah Lembaga independen, yaitu suatu komisi. Pembentukan ini berdasarkan pada Pasal 34 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang mengintruksikan bahwa pembentukan susunan organisasi, tugas, fungsi komisi ditetapkan melalui Keputusan Presiden (Keppres). Komisi ini kemudian dibentuk berdasarkan keppres Nomor 75 Tahun 1999 dan diberi nama Komisi Pengawasan Persaingan Usaha (KPPU).²⁵

Kewenangan yang dimiliki oleh KPPU sangat besar, yang meliputi kewenangan yang dimiliki oleh Lembaga peradilan. Kewenangan tersebut meliputi penyidikan, penuntutan, konsultasi, memeriksa, mengadili dan memutus perkara. Meskipun KPPU mempunyai fungsi penegakan hukum khususnya dalam persaingan usaha, namun KPPU tidak berwenang menjatuhkan sanksi baik pidana maupun perdata. Kedudukan KPPU merupakan Lembaga administratif, sehingga sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif. Selain itu, status hukumnya adalah Lembaga yang independent yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintahan dan pihak lain. Anggota KPPU dalam menjalankan tugasnya bertanggung jawab kepada presiden.²⁶

a. Tugas KPPU

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

- 1) Melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16;
- 2) Melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 17 sampai dengan Pasal 24;
- 3) Melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 25 sampai dengan Pasal 28;
- 4) Mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi sebagaimana diatur dalam Pasal 36;
- 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 ini;
- 7) Memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat.²⁷

b. Wewenang KPPU

²⁷ KPPU, *Tugas dan Wewenang KPPU*, <http://www.kppu.go.id/id/tentang-kppu/tugas-dan-wewenang/>, diakses pada 28 November 2019, Pukul 15.16 WIB.

- 1) Menerima laporan dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
- 2) Melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
- 3) Melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha atau yang ditemukan oleh Komisi sebagai hasil penelitiannya;
- 4) Menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan tentang ada atau tidak adanya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
- 5) Memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang ini;
- 6) Memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang ini; Meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli, atau setiap orang sebagaimana dimaksud huruf e dan huruf f, yang tidak bersedia memenuhi panggilan Komisi;
- 7) Meminta keterangan dari instansi Pemerintah dalam kaitannya dengan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini;²⁸

²⁸ *Ibid.*

- 8) Mendapatkan, meneliti, dan atau menilai surat, dokumen, atau alat bukti lain guna penyelidikan dan atau pemeriksaan;
- 9) Memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat;
- 10) Memberitahukan putusan Komisi kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
- 11) Menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-undang ini.²⁹

Selanjutnya sebagai tindak lanjut dari tugas yang diberikan dalam huruf d dalam Pasal 36 dijabarkan wewenang Komisi sebagai berikut:³⁰

- a) Menerima laporan dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat
- b) Melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.
- c) Melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha atau yang ditemukan oleh Komisi sebagai hasil penelitiannya.
- d) Menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan tentang ada atau tidaknya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Devi Meyliana SK, op.cit, Hlm.34

- e) Memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang ini
- f) Memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang ini.
- g) Meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli, atau setiap orang sebagaimana dimaksud huruf e dan huruf f, yang tidak bersedia memenuhi panggilan komisi
- h) Meminta keterangan dari instansi pemerintah dalam kaitannya dengan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini
- i) Mendapatkan, meneliti dan atau menilaib surat, dokumen atau alat bukti lain guna penyelidikan dan atau pemeriksaan
- j) Memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat.
- k) Memberitahukan putusan Komisi kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.
- l) Menjatuhkan sanksi berupa tindakan administrative kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini.

Dari rumusan yang telah dijelaskan diatas, terlihat jelas bahwa antara tugas dengan wewenang dari Komisi Pengawasan Persaingan Usaha sendiri tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Dari kedua hal tersebut baik langsung maupun tidak langsung merupakan tata cara dari penanganan Komisi Pengawasan Persaingan Usaha (KPPU).

c. Macam Alat Bukti yang Digunakan oleh KPPU

Dalam Pasal 42 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 disebutkan mengenai alat-alat bukti pemeriksaan Komisi berupa:³¹

- 1) Keterangan Saksi
- 2) Keterangan Ahli
- 3) Surat dan atau Dokumen
- 4) Petunjuk
- 5) Keterangan Pelaku usaha

Selain itu, Komisi Pengawas Persaingan Usaha mempunyai kewenangan menjatuhkan sanksi berupa sanksi administratif, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 47, sebagai berikut:³²

- 1) Komisi berwenang menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini.
- 2) Tindakan administratif sebagaimana dimaksud dalam Pasal 47 Ayat (1) dapat berupa:
 - a) Penetapan pembatalan perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 13, Pasal 15 dan Pasal 16 dan/atau
 - b) Perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan integrasi vertikal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14

³¹ *Ibid.*

³² Adrian Sutedi, "Aspek-aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa dan Berbagai Permasalahannya", Sinar Grafika, Jakarta, 2019, Hlm.225

- c) Perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktik monopoli dan atau menyebabkan persaingan usaha tidak sehat dan/atau merugikan masyarakat; dan/atau
- d) Perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan penyalahgunaan posisi dominan; dan/atau
- e) Penetapan pembatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28; dan/atau
- f) Penetapan pembayaran ganti rugi; dan/atau
- g) Pengenaan denda serendah-rendahnya Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp.25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah).

B. Tender

1. Pengertian dan Pengaturan Tender

Tender atau yang lebih sering dikenal dengan pelelangan, merupakan bagian dari pengadaan barang dan jasa. Pengertian tender diatur berdasarkan Keppres No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (yang mencabut Keppres No. 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan barang/jasa Instansi Pemerintah), tender atau pengadaan barang/jasa adalah kegiatan pengadaan barang/jasa yang dibiayai dengan APBN/APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang/jasa.³³

Dijelaskan pula pengertian tender yang diatur dalam Pasal 7 Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa sebagaimana dijelaskan bahwa

³³ Keppres No. 80 Tahun 2003 (yang mencabut Keppres No. 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan barang/jasa Instansi Pemerintah)

tender merupakan metode pemilihan dalam mendapatkan penyedia barang/jasa lainnya.³⁴ Namun, penjelasan tersebut sejalan dengan Christopher Pass, bahwa Tender (to put out contract) adalah memborongkan pekerjaan pihak lain atau seluruhnya sesuai dengan perjanjian yang dibuat oleh kedua belah pihak sebelum dilakukannya pemborongan.³⁵

Selain itu, Dalam Memori Penjelasan Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, tender adalah tawaran mengajukan sebuah harga untuk memborong suatu pekerjaan, maupun untuk pengadaan barang-barang atau untuk menyediakan jasa-jasa tertentu. Berdasar pada pengertian tersebut, maka cakupan tawaran pengajuan harga dalam tender meliputi: (1) memborong/melaksanakan suatu pekerjaan tertentu, (2) pengadaan barang dan atau jasa, (3) membeli barang dan atau jasa, serta (4) menjual barang dan atau jasa.³⁶

2. Metode Pengadaan Barang/Jasa

Bila dilihat dari pengertian tender, pada prinsipnya pengadaan barang/jasa wajib menerapkan prinsip-prinsip seperti: efisien, efektif, terbuka dan bersaing, transparan, adil tidak diskriminatif dan akuntabel. Adapun dari kebijakan umum tersebut terdapat metode pengadaan barang/jasa yang harus dipatuhi oleh para pihak, seperti berikut:

³⁴ Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018

³⁵ Omar Mardhi, *Skripsi: "Analisis Yuridis Kedudukan Hukum Panitia Tender dalam Kasus-kasus Persekongkolan Tender Secara Vertikal di Indonesia"*, Universitas Indonesia, Depok, 2011, Hlm.5

³⁶ Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, Pasal 22

- a. Pelelangan Umum, adalah metode Pelelangan Umum adalah metode pemilihan Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya untuk semua pekerjaan yang dapat diikuti oleh semua Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang memenuhi syarat.³⁷

Penjelasan lebih singkat mengenai Pelelangan Umum yaitu,³⁸ (1) diumumkan secara luas. (2). Untuk menciptakan persaingan sehat. (3). Semua prinsipnya harus dilelang.

- b. Pelelangan Terbatas, adalah metode pemilihan penyedia barang/jasa pekerjaan konstruksi dengan jumlah penyedia yang mampu melaksanakan diyakini terbatas dan untuk pekerjaan yang kompleks.³⁹

Dalam penjelasan diatas dikatakan penyedia harus mampu melakukan pekerjaan yang kompleks hal ini dikarenakan lelang sulit dilaksanakan karena dilakukan dengan jumlah yang terbatas dengan tingkat yang lebih kompleks.

- c. Pelelangan Langsung, adalah pemilihan barang/jasa yang dilakukan dengan membandingkan sebanyak-banyaknya penawaran, sekurang-kurangnya 3 (tiga) penawaran dari penyedia barang/Jasa yang telah lulus prakualifikasi serta dilakukan negosiasi teknis maupun biaya serta harus diumumkan minimal melalui papan pengumuman resmi untuk penerangan umum dan bila memungkinkan melalui internet. Pelelangan

³⁷ Liya Prihatini dkk, "Evaluasi Kegagalan Penyedia Jasa Konstruksi dalam Proses Pengadaan Barang Jasa Konstruksi dengan Sistem Elektronik", *Jom FTEKNIK*, Vol. 4, No.1, Februari 2018, Pekanbaru, Hlm.3-4.

³⁸ SIDLACOM, *Modul Pelaksanaan Konstruksi*, Mod.3, Badan Pengembangan Sumberdaya Manusia, Bandung, 2018, Hlm.7-8.

³⁹ *Ibid.* Hlm.7

langsung dapat dilaksanakan manakala metode pelelangan umum atau pelelangan terbatas dinilai tidak efisien dari segi biaya pelelangan.⁴⁰

Biasanya pelelangan langsung memiliki kriteria lain yaitu pekerjaan nilai kurang dari Rp. 100.000.000 (*Seratus juta rupiah*).

d. Penunjukan Langsung, adalah metode pemilihan penyedia barang/jasa dengan cara menunjuk langsung 1 (satu) penyedia barang/jasa dengan cara melakukan negosiasi teknis dan biaya sehingga didapatkan harga yang wajar dan secara teknis dapat dipertanggungjawabkan. Selain itu, terdapat 2 kriteria dari penunjukan langsung yaitu:

(1). Keadaan Tertentu: Darurat yang tidak bisa tunda, Pekerjaan rahasia seizin Presiden, Pekerjaan dengan nilai <50 Juta Rupiah

(2). Keadaan Khusus: Tarif resmi presiden, Pekerjaan spesifik (penyedia tunggal), Pekerjaan Kompleks (Maka penyedia yang mampu mengerjakan hanya satu), Merupakan hasil produksi usaha kecil yang mempunyai pasar dan harga yang stabil.⁴¹

Pada dasarnya dalam melaksanakan suatu pengadaan barang/jasa terdapat Pejabat Pembuat Komitmen atau disingkat (PPK) sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 11 Ayat (1) Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 bahwa:⁴²

(1). PPK dalam Pengadaan Barang/Jasa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 huruf c memiliki tugas:

a) Menyusun perencanaan pengadaan;

⁴⁰ *Ibid. Hlm.4.*

⁴¹ *Ibid. Hlm. 8.*

⁴² Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018

- b) Menetapkan spesifikasi teknis/Kerangka Acuan Kerja (KAK);
- c) Menetapkan rancangan kontrak;
- d) Menetapkan HPS;
- e) Menetapkan besaran uang muka yang akan dibayarkan kepada Penyedia;
- f) Mengusulkan perubahan jadwal kegiatan;
- g) Menetapkan tim pendukung;
- h) Menetapkan tim atau tenaga ahli;
- i) Melaksanakan E-purchasing untuk nilai paling sedikit di atas Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah);
- j) Menetapkan Surat Penunjukan Penyedia Barang/Jasa;
- k) Mengendalikan Kontrak;
- l) Melaporkan pelaksanaan dan penyelesaian kegiatan kepada PA/KPA;
- m) Menyerahkan hasil pekerjaan pelaksanaan kegiatan kepada PA/KPA dengan berita acara penyerahan;
- n) Menyimpan dan menjaga keutuhan seluruh dokumen pelaksanaan kegiatan; dan
- o) Menilai kinerja Penyedia

PPK dalam melakukan persiapan pengadaan barang/jasa melakukan penetapan HPS. HPS adalah Harga Perkiraan Sendiri yang telah ditetapkan oleh PPK. Hal tersebut sebagaimana diatur dalam Pasal 26 Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 menjelaskan bahwa:⁴³

- (1) HPS dihitung secara keahlian dan menggunakan data yang dapat dipertanggungjawabkan.

⁴³ *Ibid.* Hlm. 31.

- (2) HPS telah memperhitungkan keuntungan dan biaya tidak langsung (overhead cost).
- (3) Nilai HPS bersifat terbuka dan tidak bersifat rahasia.
- (4) Total HPS merupakan hasil perhitungan HPS ditambah Pajak Pertambahan Nilai (PPN).
- (5) HPS digunakan sebagai:
- Alat untuk menilai kewajaran harga penawaran dan/atau kewajaran harga satuan;
 - Dasar untuk menetapkan batas tertinggi penawaran yang sah dalam Pengadaan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya;
 - Dasar untuk menetapkan besaran nilai Jaminan Pelaksanaan bagi penawaran yang nilainya lebih rendah 80% (delapan puluh persen) dari nilai HPS.
- (6) HPS tidak menjadi dasar perhitungan besaran kerugian negara.
- (7) Penyusunan HPS dikecualikan untuk Pengadaan Barang/Jasa dengan Pagu Anggaran paling banyak Rp10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah), E-purchasing, dan Tender pekerjaan terintegrasi.
- (8) Penetapan HPS paling lama 28 (dua puluh delapan) hari kerja sebelum batas akhir untuk:
- pemasukan penawaran untuk pemilihan dengan pascakualifikasi; atau
 - pemasukan dokumen kualifikasi untuk pemilihan dengan prakualifikasi.

Dengan demikian dalam melakukan pengadaan barang/jasa khususnya tender dibutuhkan wawasan yang luas bukan hanya wawasan mengenai paket kerja saja namun diperlukan pengetahuan mengenai informasi harga yang telah ditetapkan oleh pejabat pembuat komitmen atau PPK.

3. Mekanisme Tender

Dalam melakukan pelaksanaan atau mekanisme dari lelang atau yang sekarang biasa kita sebut sebagai tender sendiri, pemerintah berusaha mewujudkan pemerintah yang terbuka dan demokratis. Salah satu cara untuk mengoptimalkan layanan publik yang efektif, efisien dan dengan mencerminkan keterbukaan/transparansi, mengingat masyarakat diperbolehkan atas jaminan terhadap informasi publik/kebebasan terhadap informasi. Salah satu pengertian dari transparansi yaitu, kondisi yang memberikan peluang lebih besar kepada publik untuk bisa mengakses informasi terhadap proses-proses pemerintahan. Hal tersebut sudah sepatutnya dilakukan pemerintah dalam menjalankan tugas secara proporsional demi terciptanya pemerintahan yang baik, sehingga menjadikan pemerintahan yang bersih (*Clean Government*) dapat terwujud.⁴⁴

Mekanisme dalam Tender terbagi menjadi 2 (*dua*) cara yaitu, Tender Konvensional dan Tender Cepat atau *E-Procurement*. Tender Konvensional atau manual adalah pengadaan secara langsung atau tatap muka dan dilaksanakan

⁴⁴ Adrian Sutedi, *Aspek-aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa dan Berbagai Permasalahannya*, Sinar Grafika, Jakarta, 2019, Hlm.202.

dalam suatu tempat dan semua administrasi yang dilaksanakan dengan langsung antara pihak panitia dan pihak peserta pengadaan barang/jasa(kontak langsung).⁴⁵

Terjadinya kontak langsung antara pihak panitia dan peserta tender, tidak sedikit proses dari pengadaan barang/jasa dilakukan dengan cara tersembunyi atau melakukan proses yang “transparan dengan pengaturan orang dalam”, padahal sudah jelas bahwa itu termasuk dalam praktik KKN. Maka, demi mengatasi hal tersebut pemerintah mengeluarkan proses yang terbuka melalui *E-Procurement* atau pengadaan melalui internet. Pengertian dari *E-Procurement* sendiri adalah suatu aplikasi untuk mengelola data pengadaan barang/jasa yang meliputi data pengadaan yang berbasis internet yang didesain untuk mencapai suatu proses pengadaan efektif, efisien dan terintegrasi. Dasar hukum E-Procurement berdasarkan Keppres Nomor 61 Tahun 2004 kemudian terdapat pula dalam Perpres Nomor 54 Tahun 2010. Namun, karena terjadinya perkembangan zaman maka, presiden menilai Perpres Nomor 54 Tahun 2010 yang telah mengalami banyak perubahan namun masih belum efektif, sehingga terbitlah Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018.

Adapun perbandingan mengenai tender konvensional atau tender manual dengan tender cepat atau *E-Procurement* sesuai yang tercantum dalam Pasal 50 Ayat (1) dan (4) Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 dapat terlihat dari proses pelaksanaan pemilihan tender sebagai berikut:⁴⁶

⁴⁵ Mifatahul Jannah, *Skripsi: "Tahapan-tahapan Tender Secara Konvensional dan Tender Secara E-Procurement."*, Universitas Negeri Medan, Medan, 2016, Hlm.85.

⁴⁶ Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018, Pasal 50 Ayat (1) dan (4)

Tabel Perbandingan Tender

Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 (Pasal 57 Ayat 1 huruf c)	Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 (Pasal 50 Ayat 4)
a. Pelaksanaan Kualifikasi	Peserta telah terkualifikasi dalam Sistem Informasi Kinerja Penyedia
b. Pegumuman dan/atau undangan	Peserta hanya memusukan penawaran harga
c. Pemberian Penjelasan	Evaluasi penawaran harga dilakukan melalui aplikasi SPSE
d. Pemberian Penjelasan	Penetapan pemenang berdasarkan harga penawaran terendah.
e. Penyampaian Dokumen Penawaran	-
f. Evaluasi Dokumen Penawaran	-
g. Penetapan dan Pengumuman Pemenang	-
h. Sanggah	-

Dari perbandingan diatas pada dasarnya memiliki prosedur yang sama, namun yang menjadi perbedaannya adalah prosedur tender cepat atau *E-Procurement* sudah diatur secara rinci dan lebih efektif karena menggunakan aplikasi Sistem Pengadaan Secara Elektronik (SPSE) dikembangkan oleh LKPP yang telah disetting oleh LPSE Sehingga, apabila pihak yang akan mengajukan tender cepat atau *E-Procurement* dapat memprosesnya secara cepat dan efektif karena dilakukan hanya dengan mengakses berkas saja. Selain itu, terdapat tujuan dari adanya *E-Procurement* yang dikemukakan oleh Willem sebagai berikut: Meningkatkan transparansi dan akuntabilitas,

Meningkatkan akses pasar dan persaingan usaha, Meningkatkan tingkat efisiensi proses pengadaan, Mendukung proses monitoring dan audit, Memenuhi kebutuhan akses informasi terkini.

Terdapat berbagai metode untuk mengukur kinerja organisasi salah satunya adalah *value for money* yang mengukur kinerja dilihat dari tiga unsur yaitu ekonomi, efisiensi, dan efektifitas. Tiga unsur dalam *value for money* menurut Bastian, yaitu:⁴⁷

- 1). Efisiensi adalah hubungan antara input dan output, dimana barang dan jasa yang dibeli oleh organisasi digunakan untuk mencapai output tertentu.
- 2). Efektivitas adalah hubungan antara output dan tujuan, dimana efektivitas diukur berdasarkan seberapa jauh tingkat output, kebijakan, dan prosedur organisasi mencapai tujuan yang telah ditetapkan.
- 3). Ekonomis adalah hubungan antara pasar dan input dimana barang dan jasa dibeli pada kualitas yang diinginkan dan pada harga terbaik yang dimungkinkan.

Dari ketiga metode pengukuran kinerja organisasi yang telah dipaparkan diatas, kiranya Penulis akan menjabarkan perbedaan yang dirasakan mengenai perbedaan antara tender konvensional dan tender internet atau E-procurement, yaitu:

⁴⁷ Suherman, "Lelang konvensional dan lelang internet, manakah yang terbaik?", <https://www.djkn.kemenkeu.go.id/artikel/baca/12649/Lelang-konvensional-dan-lelang-internet-manakah-yang-terbaik.html> (diakses pada 15 Desember 2019 pukul 09:25)

a. Ekonomis

Ekonomis yang dirasakan dalam melakukan tender memiliki beberapa Faktor yang menyebabkan tender cepat (E-procurement) lebih ekonomis dari tender konvensional karena jumlah lembar dokumen yang digunakan pada tender cepat lebih sedikit dari tender konvensional. Perbedaan jumlah lembar dokumen terjadi karena:

- 1) tidak perlu mencetak kepala risalah tender karena kepala risalah tender sudah ditampilkan di dalam aplikasi pada tender cepat,
- 2) tidak diperlukan lagi formulir surat penawaran tender karena penawaran dilakukan melalui online,
- 3) tidak diperlukan lagi formulir daftar penyetoran dan pengembalian uang jaminan tender karena penyetoran dan pengembalian uang jaminan menggunakan virtual account yang bekerjasama dengan pihak bank.

b. Efisiensi

Selanjutnya secara efisiensi, disini memang ada perbedaan karena faktor yang menyebabkan tender konvensional lebih efisien yaitu rata-rata penerimaan per 1 (satu) risalah lelang dari pelaksanaan tender konvensional lebih besar dibandingkan dengan penerimaan dari tender cepat (E-procurement) sedangkan dari faktor rata-rata pengeluaran per 1 (satu) risalah tender antara tender konvensional dengan tender cepat (E-procurement) tidak jauh berbeda.

c. Efektivitas

Dari pengukuran aspek efektivitas tersebut dapat disimpulkan bahwa pelaksanaan tender cepat lebih kompetitif dari lelang konvensional. Hal ini terlihat dari rata-rata persentase kenaikan harga pada lelang internet lebih tinggi dari tender konvensional. Faktor-faktor yang menyebabkan tender cepat lebih kompetitif dari lelang konvensional adalah:

Masing-masing peserta tender tidak mengetahui berapa jumlah peserta tender, antar peserta tender tidak saling kenal, dan masing-masing peserta memiliki kesempatan yang sama untuk melakukan penawaran harga tender. Kondisi ini mengakibatkan pelaksanaan tender cepat bebas dari intimidasi tender antar peserta tender sehingga terbentuk suasana kompetitif dalam penawaran harga tender.

Jumlah peserta Tender Cepat tidak dibatasi oleh jarak dan waktu karena peserta tender tidak perlu hadir pada saat tender. Penawaran tender cukup dilakukan melalui aplikasi tender. Semakin banyaknya peserta tender akan semakin meningkatkan suasana kompetitif.⁴⁸

C. Teori Persekongkolan

1. Pengertian Persekongkolan

Pengertian persekongkolan selintas telah dijelaskan penulis di bagian kegiatan persaingan usaha. Dalam Pasal 1 Ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 menjelaskan bahwa: “Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan

⁴⁸ *Ibid.*

maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.”⁴⁹ Pengertian tersebut selaras dengan larangan persekongkolan dalam Pasal 22 bahwa: “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”⁵⁰

Oleh karena itu dapat ditarik kesimpulan, bahwa pengertian dari persekongkolan merupakan bentuk kerjasama antara pelaku usaha baik dalam sektor pemerintah maupun sektor swasta yang telah melanggar suatu norma di dalam masyarakat, sehingga menimbulkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Jika memperhatikan isi Pasal 22 tersebut jelas bahwa persekongkolan yang terjadi melibatkan semua pihak, baik antara pelaku usaha dengan pesaingnya, maupun pelaku usaha dengan pemberi kerja atau dengan panitia penyelenggara.⁵¹ Dalam Pasal 22 dapat dijelaskan kedalam beberapa unsur-unsur sebagai berikut:

a. Unsur Pelaku Usaha

Sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 butir 5 yang berbunyi:

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

b. Unsur Bersekongkol

⁴⁹ Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha, Pasal 1 Ayat (1)

⁵⁰ *Ibid.* Pasal 22.

⁵¹ Adrian Sutedi, *Aspek-aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa dan Berbagai Permasalahannya*, Sinar Grafika, Jakarta, 2019, Hlm. 224

Unsur bersekongkol antara lain dapat berupa:

- 1) Kerjasama antara dua pihak atau lebih
- 2) Secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya; dan/atau
- 3) Membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan; dan/atau
- 4) Menciptakan persaingan semua; dan/atau
- 5) Menyetujui dan atau memfasilitasi; dan/atau
- 6) Tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.

c. Unsur Pihak Lain

Pihak lain adalah para pihak yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender, baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan/atau subjek hukum di luar peserta tender.

d. Unsur Mengatur dan/atau Menentukan Pemenang Tender

Mengatur dan/atau menentukan pemenang tender adalah suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender untuk bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau memenangkan peserta tender tertentu dengan cara-cara tertentu.

e. Unsur Persaingan Usaha Tidak Sehat

Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang

dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.”⁵²

Pengertian lain juga dijelaskan dalam Pasal 23 dan 24 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha yaitu, Didalam Pasal 23 dijelaskan bahwa 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.⁵³

Sedangkan diatur pula didalam Pasal 24 menjelaskan bahwa, Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk menghambat produksi 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.⁵⁴

2. Jenis Persekongkolan

Persekongkolan terdapat beberapa bentuk persekongkolan yang dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu: 1). Berdasarkan Pihak yang Terlibat dan 2). Berdasarkan Perilakunya. Berdasarkan pihak yang terlibat, antara lain meliputi:⁵⁵

⁵² Peraturan KPPU Nomor 02 Tahun 2010, Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender.

⁵³ Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Pasal 23.

⁵⁴ *Ibid.* Pasal 24

⁵⁵ Adrian Sutedi, "Aspek-aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa dan Berbagai Permasalahannya", Sinar Grafika, Jakarta, 2019, Hlm.223.

- a. Persekongkolan Horizontal: Merupakan persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya. Persekongkolan ini dapat dikategorikan sebagai persekongkolan dengan menciptakan persaingan semu diantara peserta tender.
- b. Persekongkolan Vertikal: Merupakan persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan.
- c. Persekongkolan Campuran (Horizontal dan Vertikal): Merupakan persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Salah satu bentuk persekongkolan ini adalah tender fiktif, dimana baik panitia tender melakukan suatu tender hanya secara administratif dan tertutup.⁵⁶

Selain itu, terdapat indikasi persekongkolan tender, dimana dapat berpotensi menciptakan persaingan usaha tidak sehat atau menghambat persaingan usaha adalah:

- 1). Tender yang bersifat tertutup atau tidak transparan dan tidak diumumkan secara luas, sehingga mengakibatkan para pelaku usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi tidak dapat mengikutinya.

⁵⁶ Peraturan KPPU Nomor 02 Tahun 2010, Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender. Hlm. 7-8.

2). Tender bersifat diskriminatif dan tidak dapat diikuti oleh semua pelaku usaha dengan kompetensi yang sama.

3). Tender dengan persyaratan dan spesifikasi teknis atau mereka yang mengarah kepada pelaku usaha tertentu sehingga menghambat pelaku usaha lain untuk ikut.⁵⁷

Selain itu, terdapat celah indikasi persekongkolan lainnya saat melakukan prosedur pelaksanaan tender, antara lain meliputi:

a) Indikasi persekongkolan pada saat perencanaan, meliputi:

(1) Pemilihan metode pengadaan yang menghindari pelaksanaan tender/lelang secara terbuka.

(2) 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.

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

(4) Ada keterkaitan antara sumber pendanaan dan asal barang/jasa

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

(6) Pentapan tempat dan waktu lelang yang sulit dicapai dan diikuti.

b) Indikasi persekongkolan pada saat pembentukan panitia, meliputi:

⁵⁷ *Ibid.* Hlm.9-12

- (1) Panitia yang dipilih tidak memiliki kualifikasi yang dibutuhkan sehingga mudah dipengaruhi
 - (2) Panitia terafiliasi dengan pelaku usaha tertentu
 - (3) Susunan dan kinerja panitia tidak diumumkan atau cenderung ditutupi-tutupi
- c) Indikasi persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan atau pra lelang, meliputi:
- (1) Persyaratan untuk mengikuti prakualifikasi membatasi dan/atau mengarah kepada pelaku usaha tertentu.
 - (2) Adanya kesepakatan dengan pelaku usaha tertentu mengenai spesifikasi, merek, jumlah, tempat, dan/atau waktu penyerahan barang dan jasa yang akan ditender atau dilelangkan
 - (3) Adanya kesepakatan mengenai cara, tempat dan/atau waktu pengumuman tender/lelang.
 - (4) Adanya pelaku usaha yang diluluskan dalam prakualifikasi walaupun tidak atau kurang memenuhi persyaratan yang telah ditetapkan
 - (5) Panitia memberikan perlakuan khusus/istimewa kepada pelaku usaha tertentu
 - (6) Adanya persyaratan tambahan yang dibuat setelah pra-kualifikasi dan tidak diberitahukan kepada semua peserta.

(7) Adanya pemegang saham yang sama diantara peserta atau panitia pemberi pekerjaan maupun pihak lain yang terkait langsung dengan tender.

d) Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman, meliputi:

(1) Jangka waktu pengumuman tender yang terbatas

(2) Informasi dalam pengumuman tender dengan sengaja dibuat tidak lengkap dan tidak memadai.

(3) Pengumuman tender dilakukan melalui media dengan jangkauan yang sangat terbatas.

(4) Pengumuman tender 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.

e) Indikasi persekongkolan pada saat pengambilan dokumen, meliputi:

(1) Dokumen tender yang diberikan tidak sama bagi seluruh calon peserta tender.

(2) Waktu pengambilan dokumen tender yang diberikan terbatas

(3) Alamat atau tempat pengambilan dokumen tender sulit ditemukan oleh calon peserta tender.

(4) Panitia memindahkan tempat pengambilan dokumen tender secara tiba-tiba menjelang penutupan waktu pengambilan dan perubahan tersebut tidak diumumkan secara terbuka.

f) Indikasi persekongkolan pada penentuan Harga Perkiraan Sendiri, meliputi:

- (1) Adanya dua atau lebih HPS atas suatu produk atau jasa yang ditender
- (2) HPS diberikan kepada pelaku usaha tertentu.
- (3) HPS ditentukan berdasarkan pertimbangan yang tidak jelas dan tidak wajar.

g) Indikasi persekongkolan saat penjelasan tender, meliputi:

- (1) Penjelasan tender dapat diterima oleh pelaku usaha yang terbatas sementara sebagian besar calon peserta lainnya tidak dapat menyetujuinya.

- (2) Salah satu calon peserta tender melakukan pertemuan tertutup dengan panitia.

h) Indikasi persekongkolan saat pengumuman, meliputi:

- (1) Pengumuman diumumkan secara terbatas sehingga pengumuman tidak diketahui secara optimal oleh pelaku usaha yang memenuhi syarat.

- (2) Tanggal pengumuman tender ditunda dengan alasan yang tidak jelas.

- (3) Peserta tender memenangkan tender atau lelang cenderung berdasarkan giliran yang tetap.

- (4) Ada selisih harga yang besar antara harga yang diajukan pemenang tender dengan harga penawaran peserta lainnya, dengan alasan yang tidak wajar atau tidak dapat dijelaskan.

i) Indikasi persekongkolan pada saat penunjukan pemenang dan penandatanganan, meliputi:

- (1) Surat penunjukan pemenang tender telah dikeluarkan sebelum proses sanggahan diselesaikan
- (2) Penerbitan surat penunjukan pemenang tender mengalami penundaan tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan
- (3) Surat penunjukan pemenang tender tidak lengkap
- (4) Penandatanganan kontrak dilakukan secara tertutup

j) Indikasi persekongkolan pada saat pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan, meliputi:

- (1) Pemenang tender mensub-contractkan pekerjaan kepada perusahaan lain atau peserta tender yang kalah dalam tender tersebut.
- (2) Volume atau nilai proyek yang diserahkan tidak sesuai dengan ketentuan awal, tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.
- (3) Hasil pengerjaan tidak sesuai atau lebih rendah dibandingkan dengan ketentuan yang diatur dalam spesifikasi teknis, tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.⁵⁸

3. Pengaturan Persekongkolan

Seperti yang telah dijelaskan diatas mengenai penjatuhan sanksi oleh KPPU, berupa sanksi administratif sebagaimana dimaksud dalam Pasal 47 Ayat (1),

⁵⁸ Peraturan KPPU Nomor 02 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Larangan Praktek Persekongkolan Tender.

sebagai berikut: Komisi berwenang menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini.

Tindakan administratif sebagaimana dimaksud dalam Pasal 47 Ayat (1) dapat berupa:

- a. Penetapan pembatalan perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 13, Pasal 15 dan Pasal 16 dan/atau
- b. Perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan integrasi vertikal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14
- c. Perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktik monopoli dan atau menyebabkan persaingan usaha tidak sehat dan/atau merugikan masyarakat; dan/atau
- d. Perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan penyalahgunaan posisi dominan; dan/atau
- e. Penetapan permbatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28; dan/atau
- f. Penetapan pembayaran ganti rugi; dan/atau
- g. Pengenaan denda serendah-rendahnya Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp.25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah).

Berdasarkan Pasal 47 tersebut, Komisi dapat menjatuhkan sanksi administratif kepada pelaku usaha yang melanggar Pasal 22, berupa:

- 1). Perintah kepada pelaku usaha untuk megentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktik monopoli dan/atau menyebabkan persaingan usaha tidak sehar dan/atau merugikan masyarakat (butir c)

2). Penetapan pembayaran ganti rugi (butir f)

3). Pengenaan denda serendah-rendahnya Rp. 1 Milyar dan setinggi-tingginya Rp. 25 Milyar (butir g).⁵⁹

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

- 1). Pidana denda serendah-rendahnya Rp. 5.000.000.000,00 dan setinggi-tingginya Rp. 25.000.000.000,00 atau pidana kurungan pengganti denda 5 bulan.
- 2). Pidana denda serendah-rendahnya Rp. 1.000.000.000,00 dan setinggi-tingginya Rp. 5.000.000.000,00 atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 3 bulan.⁶⁰

Disamping pidana pokok, pelanggaran terhadap Pasal 22 juga dapat dijatuhi pidana tambahan sesuai yang diatur dalam Pasal 49 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 sebagai berikut:⁶¹

- 1) Pencabutan izin usaha, atau
- 2) Larangan kepada pelaku usaha yang telah terbukti melakukan pelanggaran terhadap undang-undang ini untuk menduduki jabatan direksi atau komisaris sekurang-kurangnya 2 tahun dan selama-lamanya 5 tahun, atau

⁵⁹ Adrian Sutedi, *"Aspek-aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa dan Berbagai Permasalahannya"*, Sinar Grafika, Jakarta, 2019, Hlm.22.

⁶⁰ Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, Pasal 48 Ayat (2).

⁶¹ *Ibid*, Pasal 49.

- 3) Penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain.

