

**KAJIAN YURIDIS PRAKTEK PERSEKONGKOLAN DALAM
TENDER PENGADAAN BARANG/JASA PEMERINTAH
(Studi Putusan KPPU Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016)**

Ubaidillah Kamal, Abdullah Azzam

*Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang Gedung K Sekaran, Gunungpati, Semarang,
Jawa Tengah Indonesia, 50229*

Email : ubaidillahkamal@mail.unnes.ac.id

Abstrak : Praktek kecurangan di dalam proses tender dalam penyelenggaraan pengadaan barang/jasa pemerintah dapat berupa persekongkolan. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai pengawas persaingan usaha berdasarkan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat memiliki tugas di antaranya mengawasi larangan persekongkolan dalam tender sebagaimana diatur pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.: Salah satu diantaranya adalah memutus pelanggaran persekongkolan tender pengadaan sarana dan prasarana pendidikan sekolah khusus olahragawan internasional Provinsi Kalimantan Timur tahun anggaran 2013 dengan Putusan KPPU No. 16/KPPU-I/2016. Jenis penelitian ini adalah penelitian hukum normatif. Metode pengumpulan data dilakukan melalui studi pustaka dan studi dokumen. Hasil penelitian dan pembahasan menunjukkan bahwa pendekatan hukum persaingan usaha yang digunakan oleh Majelis komisi adalah pendekatan per se illegal. Dikaji berdasarkan fakta dan data yuridis terkait hal materiil dan formil maka putusan KPPU Nomor 16/KPPU-I/2016 sebagian telah sesuai dengan UU No. 5 Tahun 1999S akan tetapi terdapat beberapa ketidaksesuaian putusan Majelis Komisi dengan Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Kata Kunci: Putusan KPPU; Persaingan Usaha Tidak Sehat; Persekongkolan Tender; Pendekatan hukum persaingan usaha.

***Abstract:** The practice of fraud in the tender process in the implementation of procurement of government goods / services can be in the form of conspiracy. The Business Competition Supervisory Commission (KPPU) as the supervisor of business competition based on Law Number 5 Year 1999 concerning Prohibition of Monopoly Practices and Unfair Business Competition has the duty, among others, to oversee the prohibition of conspiracy in tenders as stipulated in Article 22 of Law Number 5 Year 1999: decided to violate the tender conspiracy in the procurement of facilities and infrastructure for the education of special schools for international sportsmen of East Kalimantan in the 2013 budget year with Decision of KPPU No. 16 / KPPU-I / 2016. This type of research is normative legal research. The method of data collection is done through literature studies and document studies. The results of the research and discussion show that the approach to business competition law used by the Commission Council is an illegal per se approach. Based on juridical facts and data related to material and formal matters, the KPPU's decision Number 16 / KPPU-I / 2016 has been partially in accordance with Law No. 5 of 1999S but there are some discrepancies in the decisions of the Commission Council with Law No. 5 of 1999 concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition.*

***Keywords:** KPPU Decision; Unfair competition; Tender conspiracy; Business competition law approach*

Pendahuluan

Dalam pengadaan barang dan/atau jasa pada proyek sebuah perusahaan atau instansi pemerintahan kerap kali dilakukan melalui proses tender. hal tersebut dilakukan penyelenggara tender untuk mendapatkan harga barang atau jasa dengan harga yang lebih murah, namun dengan kualitas sebaik mungkin (Enrico, 2016: 109). Praktek kecurangan di dalam proses tender dalam penyelenggaraan penga-daan barang/jasa pemerintah dapat berupa persekongkolan. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai pengawas persaingan usaha berdasarkan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat memiliki tugas di antaranya mengawasi larangan persekongkolan dalam tender sebagaimana diatur pasal 22: *“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”*.

KPPU mencatat selama periode tahun 2000-2016, ada 331 perkara yang ditangani. Dari jumlah itu, ditemukan 99 perkara atau 30 persen yang terkait perkara non tender, sedangkan 232 perkara atau 70 persennya berupa perkara terkait tender pengadaan barang dan jasa (www.kppu.go.id/id/penegakan-hukum/statistik-perkara diakses pada 26 september 2018). Fakta tersebut membuktikan bahwa masih minimnya tingkat kesehatan persaingan usaha dalam penyelenggaraan penyediaan barang/jasa di Indonesia. Tidaklah sedikit kasus mengenai persekongkolan dalam proses tender yang terjadi di Indonesia yang masuk ke tingkat pengadilan bahkan sampai kepada Mahkamah Agung (MA). Kasus-kasus yang berkaitan dengan persekongkolan diawali dari adanya laporan (dari masyarakat maupun pelaku usaha lain) atau inisiatif dari lembaga KPPU dengan mendasarkan pada adanya

indikasi terjadinya persekongkolan tender. Dari laporan tersebut, KPPU kemudian melakukan pemeriksaan.

Contoh kasus persekongkolan yang terjadi pada Paket Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan Unit Pelaksana Teknis Daerah (UPTD) Sekolah Khusus Olahragawan Internasional (SKOI) Provinsi Kalimantan Timur, Tahun Anggaran 2013. Majelis Komisi memutuskan bersalah kepada para terlapor dalam Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016 tentang Dugaan Pelanggaran pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Sidang putusan yang ditetapkan melalui musyawarah dalam Sidang Majelis Komisi pada hari Rabu tanggal 04 Oktober 2017 dan dibacakan di muka persidangan yang dinyatakan terbuka untuk umum pada hari Senin tanggal 23 Oktober 2017 oleh Majelis Komisi yang terdiri dari Prof. Dr. Tresna P. Soemardi, S.E., M.S. (Ketua Majelis Komisi); R. Kurnia Sya'ranie, S.H., M.H. dan Drs. Munrokhim Misanam, M.A., Ec., Ph.D (Anggota Majelis Komisi). Para Terlapor pada tender Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan UPTD - SKOI Provinsi Kalimantan Timur ini terdiri dari Terlapor I (Panitia Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan UPTD - SKOI pada Dinas Pemuda dan Olahraga Provinsi Kalimantan Timur, TA 2013), Terlapor II (PT. Nike Jaya Abadi), Terlapor III (PT Yulia Jaya). Berdasarkan fakta persidangan, KPPU menemukan bukti dari persekongkolan horizontal dan vertikal yang dilakukan oleh para Terlapor.

Oleh karena adanya larangan yang mengatur dalam suatu dugaan perilaku melanggar yang diputus dengan Putusan Nomor 16/KPPU-I/2016 tersebut, maka penulis akan mengkaji bagaimana pendekatan hukum persaingan usaha yang digunakan Majelis KPPU dalam memutus perkara tersebut, sehingga dihasilkan putusan yang sesuai dengan UU No.5 Tahun 1999.

Pokok Permasalahan

Permasalahan yang dibahas dalam tulisan ini adalah:

1. Bagaimana konsep pendekatan hukum persaingan usaha yang digunakan Majelis Komisi Pengawas Persaingan Usaha dalam pertimbangannya memutus kasus persekongkolan dalam Putusan Nomor 16/KPPU-I/2016 ?;
2. Apakah putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 16/KPPU-I/2016 tentang Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan Unit Pelaksana Teknis Daerah Sekolah Khusus Olahragawan Internasional Provinsi Kalimantan Timur Tender telah sesuai dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ?

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian kualitatif, dengan jenis penelitian doktrinal/ yuridis normatif melalui pendekatan Undang – Undang dan pendekatan kasus yang mengkaji *ratio decidendi* pengadilan untuk sampai kepada suatu putusan. yang dijadikan sebagai referensi bagi penyusunan argumentasi dalam pemecahan isu hukum. Menggunakan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Teknik pengumpulan bahan hukum yang digunakan yaitu studi kepustakaan dan *cyber media*. Kemudian bahan hukum tersebut disesuaikan satu sama lain untuk memperoleh alur yang tepat dalam mengkaji pengaturan terhadap persekongkolan tender. Analisis bahan hukum dilaksanakan dengan menarik kesimpulan dari hal yang bersifat umum yaitu pengaturan mengenai persekongkolan tender secara umum pada kasus individual konkret yang dihadapi oleh KPPU untuk dijadikan

peristiwa hukum. Untuk menjawab permasalahan atas pengaturan hukum yang ada, maka digunakan silogisme deduksi.

Hasil Dan Pembahasan

1. Konsep Pendekatan Hukum Persaingan Usaha yang Digunakan oleh Majelis Komisi dalam Menilai Telah Adanya Persekongkolan

Secara umum dalam hukum persaingan telah dikenal terdapat dua pendekatan hukum dalam menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan yang dilakukan pelaku usaha bertentangan dengan undang – undang. Baik pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama digunakan oleh otoritas persaingan usaha.

Menurut Rambe Kamarul Zaman sebagaimana peneliti kutip dalam tulisan Johnny Ibrahim (2006: 219) selaku Ketua Pansus Rancangan Undang – Undang (RUU) Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam pengantarannya pada sidang paripurna DPR menegaskan, Bahwa RUU tersebut mengatur larangan yang bersifat *per se illegal* dan *rule of reason*, serta menggunakan instrument kebijakan struktur, sekaligus instrument kebijakan perilaku.

Alasan dibalik konsep larangan *per se illegal* ialah suatu pendekatan yang menyatakan setiap perjanjian usaha atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa perlu pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut (Rokan, 2010: 60). Secara informalnya pendekatan ini menyatakan bahwa sebuah perbuatan dilarang untuk dilakukan karena sangat mungkin merugikan sehingga harus dilarang tanpa pertanyaan lebih lanjut tentang dampaknya terhadap persaingan.

Pendekatan *rule of reason* menurut L.Budi Kagramanto (2008: 102) dalam persaingan usaha merupakan kebalikan

dan lebih luas cakupannya jika dibandingkan dengan pendekatan *per se illegal*, pendekatan *rule of reason* ini cenderung berorientasi pada prinsip efisiensi. Pendekatan *rule of reason* tersebut dapat digunakan oleh pengadilan untuk mengetahui serta menilai, apakah terdapat hambatan dalam perdagangan atau tidak, dan apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, memengaruhi, atau bahkan mengganggu proses persaingan atau tidak. Disamping itu menurut Arie Siswanto (2002: 66), pendekatan *rule of reason* ini dapat dipergunakan untuk mengakomodasi tindakan-tindakan yang berada dalam “*grey area*” antara legalitas dan ilegalitas. Tindakan-tindakan yang berada dalam “*grey area*” namun ternyata berpengaruh positif terhadap persaingan menjadi berpeluang untuk diperbolehkan dengan analisis *rule of reason*.

Adapun dalam penerapan kedua metode pendekatan sifat larangan tersebut menurut Widhiyanti (2015: 390) tidaklah mudah, untuk menentukan dasar penilaian apakah sebuah perbuatan anti persaingan ditetapkan berdasarkan larangan *per se illegal* atau *rule of reason*. Perbedaan ini disebabkan perbedaan dalam menimbang takaran kepatutan dan keadilan serta kepastian dalam hukum. Selain itu, perbedaan penetapan ini juga melihat tingkat efisiensi dan manfaat bagi masyarakat (Rokan, 2010: 61).

Dalam UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek tidak menyatakan secara eksplisit mana saja perbuatan yang diletakkan dibawah larangan *per se* dan mana saja perbuatan yang bersifat *rule of reason*. Terdapat sebuah petunjuk dalam rumusan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, untuk menentukan sifat larangan yang akan diterapkan, maka menurut Widhiyanti hal ini dapat dilihat dari ketentuan pasal-pasal nya. Jikalau didalam pasal mengandung kalimat “yang dapat mengakibatkan

terjadinya praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat”. Kata – kata tersebut menyiratkan perlunya penelitian secara lebih mendalam, maka perbuatan anti persaingan di dalam pasal tersebut bersifat *rule of reason* (Widhiyanti, 2015: 390).

Sementara itu menurut A.M Tri Anggraini (2005: 6) penerapan pendekatan *per se illegal* biasanya digunakan dalam pasal – pasal yang menyatakan istilah “*dilarang*” tanpa anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan...”. jikalau tidak mengandung frasa mengenai kemungkinan akibat, maka perbuatan anti dalam ketentuan pasal tersebut bersifat *per se illegal*.

Guna menentukan pilihan terhadap kedua pendekatan tersebut, maka terdapat pedoman untuk menentukan penerapan salah satu dari kedua analisis tersebut. Pedoman tersebut menurut Herbert Hovenkamp (1993 : 92-93). meliputi antara lain beberapa pertimbangan, yaitu:

1. Jika perjanjian melibatkan para pesaing maka lebih dimungkinkan menggunakan analisis *per se illegal*;
2. Jika melibatkan suatu ‘jaringan industri’ maka akan digunakan analisis *rule of reason*.
3. Jika secara ‘eksplisit’ berpengaruh terhadap harga atau produk maka akan menerapkan analisis *per se illegal*.
4. Jika perjanjian berpengaruh terhadap harga atau produk tersebut bersifat terbuka (*naked*) akan diterapkan analisis *per se illegal*. Namun, jika perjanjian tersebut merupakan *ancillary* (tambahan) maka dapat menerapkan pendekatan *rule of reason*.

Agar mempermudah pemahan terhadap kedua pendekatan tersebut peneliti akan membuat tabel perbedaan kedua pendekatan yang mana sebagai berikut:

Tabel 1 Perbedaan pendekatan *Per Se Illegal* dengan Pendekatan *Rule of Reason*

<i>Per Se Illegal</i>	<i>Rule of Reason</i>
Terdapat larangan tanpa diikuti dengan Kata "yang dapat mengakibatkan" dalam klausula pasal	Terdapat larangan dengan kata "yang dapat mengakibatkan" dalam klausula pasal.
Melihat pada perjanjian/kegiatan yang dilarang, menganggap Semua perjanjian/kegiatan tersebut sebagai perbuatan anti persaingan.	Melihat akibat dari perjanjian/kegiatan yang dilakukan apakah dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat/merugikan masyarakat.
Pembuktian lebih mudah, cukup dengan membuktikan Telah dilakukannya perjanjian/kegiatan anti persaingan.	Menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti apakah suatu perjanjian/kegiatan berimplikasi terhadap persaingan. Pembuktiannya lebih kompleks.
perjanjian melibatkan para pesaing	perjanjian tidak melibatkan para pesaing
Tidak melibatkan suatu 'jaringan industri'	melibatkan suatu 'jaringan industri'
Melihat Perilaku Bisnis	Melihat Situasi Pasar

Adapun penerapan konsep *per se illegal* dan *rule of reason* pada Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 apabila menggunakan metode dengan melihat penggunaan kalimat larangannya adalah sebagai berikut:

Pasal 22 "Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat"

Dalam Pasal 22 tersebut memuat larangan tentang kegiatan bersekongkol dalam mengatur/ menentukan pemenang dalam tender. pasal ini juga ditekankan sifat larangan *rule of reason* yang dapat dilihat dari penggunaan kalimat "dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat".

Dalam Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 menjelaskan

dalam BAB IV point 4.4 yang perlu diperhatikan bahwa "Dalam UU No. 5/1999, persekongkolan dalam tender dinyatakan sebagai perilaku yang bersifat *rule of reason*". maka dalam melihat suatu dugaan pelanggaran larangan persekongkolan dalam tender harus melalui evaluasi yang mendalam oleh KPPU sebagaimana perilaku tersebut berdampak pada suatu persaingan usaha.

Pada putusan KPPU Nomor 16/ KPPU-I/2016 Majelis KPPU memutuskan perkara persekongkolan dalam tender Paket Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan yang dilaksanakan oleh Unit Pelaksana Teknis Daerah (UPTD) dimana melakukan tender untuk pembangunan Sekolah Khusus Olahragawan Internasional (SKOI) Provinsi Kalimantan Timur, Tahun Anggaran 2013. yang diduga melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999. Dengan para pihak terlapor I yakni panitia pengadaan, terlapor II yakni PT. Nike Jaya Abadi dan terlapor III yakni PT.Yulia Jaya.

Apabila melihat dari frasa dalam ketentuan pasal 22 dengan terdapatnya kalimat "yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat" yang lebih cenderung menggunakan pendekatan *rule of reason*. Maka seharusnya Majelis Komisi dalam penentuan pelanggaran tersebut menggunakan pendekatan *rule of reason* namun, apakah dalam hal ini Majelis Komisi benar – benar menggunakan pendekatan *rule of reason* atau justru Majelis Komisi menggunakan pendekatan *per se illegal* dalam menentukan terdapatnya pelanggaran dalam kasus tender tersebut. Berhubung belum ada ketentuan yang mengatur bagaimana metode pendekatan yang digunakan KPPU dalam menilai telah terdapat pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999.

Untuk menilai bagaimana pendekatan hukum yang digunakan oleh Majelis Komisi maka peneliti melakukan pengamatan dari pertimbangan – pertimbangan hukum dalam salinan putusan KPPU Nomor 16/ KPPU-I/2016 yang didalamnya memuat dasar pertimbangan dari Majelis Komisi dalam menentukan telah terjadinya persekongkolan dalam kasus tersebut. Apabila Majelis Komisi benar menggunakan pendekatan *rule of reason* maka diperlukan adanya analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti apakah suatu tindakan pelaku usaha dalam hal ini Terlapor II dan Terlapor III memiliki implikasi kepada persaingan. Dengan kata lain, Menurut Robert H Bork (1996: 781) suatu tindakan dianggap menghambat persaingan atau mendorong persaingan, ditentukan oleh:

“...nilai ekonomi, yaitu, dengan memaksimalkan kepuasan keinginan konsumen melalui alokasi dan penggunaan sumber daya yang paling efisien...”.

Namun apabila kita melihat dari pendekatan *rule of reason* yang terlampau sulit diterapkan dalam peradilan persaingan usaha, penentuan pendekatan *rule of reason* menurut A.M Tri Anggraini (2005: 9) diawali dengan menetapkan definisi pasar yang dapat dijadikan alasan untuk melakukan penilaian mengenai apakah perbuatan pelaku usaha yang diselidiki berakibat menghambat atau bahkan mematikan pesaing dipasar terkait. Semua perhitungan, penilaian, dan keputusan tentang implikasi persaingan akibat perilaku apapun tergantung pada ukuran (pangsa) pasar dan bentuk pasar terkait (*the relevant market*), karena sifatnya yang mengharuskan melakukan analisis ekonomi dan evaluasi yang mendalam dalam menentukan terdapat tindakan yang menghalangi persaingan.

Selain itu dibutuhkan sumber daya manusia dalam hal ini hakim yang memiliki pengetahuan tentang teori

ekonomi dan sejumlah data ekonomi yang kompleks untuk mengatasi proses litigasi yang kompleks sehingga dapat menghasilkan keputusan yang rasional. Disamping itu, tidaklah mudah untuk membuktikan kekuatan pasar terlapor, mengingat pelapor harus menyediakan saksi ahli di bidang ekonomi dan bukti dokumenter yang ekstensif dari para pesaing lainnya. Sehingga kemungkinan kecil untuk memenangkan perkara, sehingga seringkali pendekatan *rule of reason* dipandang sebagai *a rule of per se legality* (Anggraini, 2005: 9).

Apabila peneliti lihat lebih lanjut pertimbangan Majelis Komisi dalam salinan putusan maka peneliti berpendapat bahwa pendekatan yang digunakan oleh majelis komisi bukanlah pendekatan *rule of reason* sebagaimana frasa dalam pasal 22 yang lebih cenderung menggunakan pendekatan *rule of reason*, melainkan menggunakan pendekatan *per se illegal*. dalam pertimbangan hukum serta pemenuhan unsur – unsur Pasal 22 yang digunakan Majelis KPPU dalam menentukan telah terjadinya pelanggaran dalam persaingan usaha yang sehat, lebih memfokuskan terhadap pencarian fakta – fakta mengenai tindakan atau perilaku pelaku usaha yang dilarang dalam UU Nomor 5 Tahun 1999, dalam pertimbangan Majelis Komisi tidak membahas lebih dalam mengenai dampak dari kegiatan pelaku usaha tersebut seperti yang diharuskan dalam pendekatan *rule of reason* yakni dengan menggunakan analisis ekonomi guna mengetahui dengan pasti apakah suatu tindakan pelaku usaha memiliki implikasi kepada persaingan.

Majelis komisi hanya memfokuskan pertimbangannya terhadap perilaku pelaku usaha yang telah memenuhi unsur – unsur melakukan persekongkolan akan tetapi tidak menitik beratkan terhadap unsur yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat sehingga

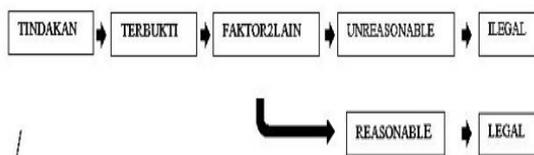
dapat menimbulkan kerugian ekonomi yang merugikan negara maupun pelaku usaha dan atau pihak lain.

Majelis komisi menentukan telah terjadinya pelanggaran yaitu dengan pendekatan *per se illegal*, bukan *rule of reason* seperti yang telah dijelaskan dalam pedoman Pasal 22, hal ini dapat dilihat dari pertimbangan hukum Majelis Komisi yang dilakukan tanpa proses penyidikan yang rumit. Karena hanya meliputi identifikasi perilaku yang tidak sah dan pembuktian atas perbuatan ilegal tersebut sebagaimana dapat dilihat pada bagan di bawah :

Bagan 1 Skema pembuktian pendekatan *per se illegal* (Siswanto, 2004)



Bagan 2 Skema pembuktian pendekatan *rule of reason* (Siswanto, 2004)



Jika dihubungkan dengan pendapat Arie Siswanto tersebut diatas maka secara tepat menyatakan pendekatan yang digunakan oleh Majelis Komisi adalah pendekatan *Per se Illegal*, dalam pembuktian Majelis Komisi hanya merujuk pada bukti – bukti yang mendukung suatu kegiatan antipersaingan yang menurut pendapat peneliti sesuai dengan pendekatan *Per Se Illegal* sebagaimana dijelaskan oleh Arie Siswanto di atas, apabila Majelis komisi menggunakan pendekatan *Rule of Reason*, maka yang harus dibuktikan tidak semudah untuk membuktikan tindakan antipersaingan akan tetapi mengharuskan Majelis Komisi untuk melihat faktor – faktor lain yang *unreasonable* untuk menyatakan tindakan tersebut ilegal, hal tersebutlah yang tidak dilakukan oleh Majelis Komisi sehingga tidak tepat menyatakan pendekatan yang dilakukan

Majelis Komisi dengan menggunakan pendekatan *Rule of Reason*.

Pada prinsipnya Menurut Carl Kaysen dan Donald F. Turner (1971: 143) terdapat dua syarat dalam melakukan pendekatan *per se illegal*, yakni *pertama*, harus ditujukan lebih kepada “perilaku bisnis” dari pada situasi pasar, apabila peneliti sandingkan terhadap kasus persekongkolan tender diatas maka yang perlu diperhatikan oleh Majelis Komisi adalah perilaku bisnis apakah perilaku tersebut bersifat anti persaingan atau tidak. Majelis komisi tidak terfokus pada situasi pasar akibat dari perbuatan anti persaingan tersebut, singkatnya majelis komisi tidak terfokus pada akibat perbuatan pelaku usaha tersebut sehingga lebih tepat jika pendekatan yang digunakan Majelis Komisi dalam menentukan telah adanya persaingan usaha tidak sehat dalam kasus tersebut adalah pendekatan *per se illegal*. Persekongkolan dalam penawaran tender, apabila melihat bunyi kata – kata dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, maka ketentuan ini menggunakan pendekatan *rule of reason*, karena selain terdapat kata “dilarang”, juga disertai anak kalimat bersayap “yang dapat mengakibatkan”. Bila dikaji lebih jauh, tindakan ini lebih cenderung sebagai “perilaku bisnis” semata dari pada “situasi pasar”, sehingga ketentuan tersebut menurut peneliti yang sependapat dengan A.M Tri Anggraini (2005: 7) bahwa lebih tepat menggunakan pendekatan *per se illegal*.

Untuk lebih memudahkan pemahaman maka peneliti akan menjelaskan alasan – alasan sebagai berikut:

1. Penulis sependapat dengan Andi Fahmi Lubis, et.al, (2017: 89) bahwa dalam penentuan penggunaan salah satu pendekatan tersebut tidak sematamata tergantung pada bunyi kata-kata dalam ketentuan undang-undang yang menyatakan, kata-kata “patut diduga” atau “yang dapat mengakibatkan” berarti menggunakan pendekatan *rule of reason*.

2. Majelis Komisi persaingan usaha dalam menentukan telah terjadinya pelanggaran dalam perkara Nomor 16/KPPU-I/2016, lebih memfokuskan terhadap pencarian fakta – fakta mengenai tindakan atau perilaku pelaku usaha yang dilarang dalam UU Nomor 5 Tahun 1999, hal ini dapat dibuktikan dengan alat bukti yang digunakan hanya untuk menguatkan pendapat telah terjadinya tindakan antipersaingan. Dalam pertimbangan Majelis Komisi tidak membahas lebih dalam mengenai dampak dari kegiatan pelaku usaha tersebut seperti yang diharuskan dalam pendekatan *rule of reason* karena sifatnya yang mengharuskan melakukan analisis ekonomi dan evaluasi yang mendalam dalam menentukan terdapat tindakan yang menghalangi persaingan.
3. Majelis komisi tidak terfokus pada situasi pasar akibat dari perbuatan anti persaingan tersebut. Dalam kasus ini jelas dalam pertimbangannya Majelis Komisi hanya menitik beratkan pada perilaku bisnis yang merupakan *Per Se Illegal*.
4. Dalam pertimbangan hukum Majelis Komisi yang dilakukan tanpa proses penyidikan yang rumit. Karena hanya meliputi identifikasi perilaku yang tidak sah dan pembuktian atas perbuatan illegal tersebut.
5. Penulis setuju dengan Herbert Hovenkamp (1993: 92-93) menurutnya pendekatan *per se illegal* digunakan untuk perjanjian/kegiatan yang melibatkan para pesaingnya dan tidak melibatkan suatu jaringan industri. Yang mana dalam kasus ini melibatkan dua pelaku usaha yang seharusnya bersaing dan dalam kasus tersebut tidak melibatkan suatu jaringan industri.
- 6.

Dalam menentukan salah satu dari dua pendekatan tersebut KPPU mendasarkan pada praktik yang dianggap paling baik (*best practice*) untuk menilai suatu perjanjian atau kegiatan usaha

tertentu, dengan tetap berpedoman pada tujuan pembentukan UU Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Peraktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yang antara lain, adalah efisiensi dan kesejahteraan konsumen (Lubis, et.al, 2017: 89).

2. Kesesuaian putusan KPPU dengan UU No 5 tahun 1999

Mengenai tugas dan kewenangan KPPU telah diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999, maka peneliti akan menganalisa secara yuridis apakah tugas dan kewenangan KPPU tersebut penerapannya telah sesuai dengan hukum, yakni dengan menghasilkan putusan yang sesuai dengan UU tersebut, terutama dalam menangani perkara Nomor Perkara Nomor 16/ KPPU-I/2016 tentang dugaan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 berkaitan dengan Paket Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan Untuk itu peneliti akan menganalisis putusan tersebut dari aspek substantif (Materiil) dan ajektif (formil).

2.1. Aspek Materiil Putusan KPPU Nomor 16/KPPU-I/2016

Dalam pembahasan kesesuaian putusan Majelis Komisi dengan UU No. 5 Tahun 1999 mengenai aspek materiilnya peneliti sesuaikan pembahasannya dengan yang ada dalam salinan putusan KPPU Nomor 16/KPPU-I/2016 sebagaimana berikut:

a. Pemenuhan unsur pasal 22

Konsep (hukum) persekongkolan tender kemunculannya didasarkan pada ketentuan yang terdapat dalam Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa “*Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat*”.

Untuk menentukan telah terjadinya persaingan usaha tidak sehat Majelis Komisi dalam menangani kasus –

kasusnya melakukan penjabaran terhadap unsur

– unsur dalam pasal 22, hal ini telah dijabarkan secara jelas dalam pedoman pasal 22 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender, berikut merupakan penjabaran unsur – unsur Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 :

1. Unsur Pelaku Usaha;
 2. Unsur bersekongkol;
 3. Unsur pihak lain;
 4. Unsur Mengatur dan/atau Menentukan Pemenang Tender;
 5. Unsur Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- Sesuai dengan Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010, pengertian “bersekongkol” adalah kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas dasar inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Unsur bersekongkol tersebut antarlain dapat berupa (Usman, 2013: 484):

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

Untuk itu maka peneliti perlu menganalisa apakah putusan majelis dalam perkara Nomor 16/KPPU-I/2016 dalam memutuskan para terlapor telah melakukan persekongkolan dalam tender pengadaan prasarana pendidikan, apakah telah memenuhi unsur Pasal 22, berikut merupakan uraian unsur-unsur yang terpenuhi dalam salinan putusan Majelis Komisi:

1. Unsur Pelaku Usaha;

- 1.1. Bahwa menurut Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yang dimaksud “*pelaku usaha adalah 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*”;
- 1.2. Bahwa pelaku usaha yang dimaksud dalam perkara ini adalah PT. Nike Jaya Abadi selaku Terlapor II dan PT Yulia Jaya selaku Terlapor III; demikian unsur pelaku usaha terpenuhi;
2. Unsur Bersekongkol;
 - 2.1. Bahwa berdasarkan Pedoman Pasal 22, yang dimaksud dengan “*bersekongkol adalah kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu*”;
 - 2.2. Bahwa berdasarkan analisis tentang persekongkolan horizontal sebagaimana diuraikan pada bagian Tentang Hukum angka 4, Majelis Komisi memperoleh fakta bahwa terbukti terdapat kesamaan dalam dokumen penawaran antara Pemenang tender yakni Terlapor II dan Terlapor III sebagai perusahaan pendamping bahwa dengan demikian unsur bersekongkol terpenuhi;
3. Unsur Pelaku Usaha Lain dan/atau Pihak Lain Yang Terkait Dengan Pelaku Usaha Lain;
 - 3.1. Bahwa menurut Pedoman Pasal 22, yang dimaksud dengan unsur Pihak Lain adalah: “*para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum*”;

lainnya yang terkait dengan tender tersebut.”

- 3.2. Bahwa yang dimaksud dengan pelaku usaha lain dalam perkara ini adalah PT Yulia Jaya selaku Terlapor III dan pihak lain yang terkait dengan pelaku usaha lain adalah Panitia Tender selaku Terlapor I.
- 3.3. Bahwa Majelis Komisi menilai kapasitas Terlapor III tidak bertindak sebagai pesaing Terlapor II dalam proses tender, namun justru menjadi pendamping Terlapor II sehingga tindakannya bersama Terlapor II dalam proses tender dapat dikategorikan sebagai persaingan semu. bahwa dengan demikian unsur pelaku usaha lain terpenuhi;
4. Unsur mengatur dan/atau menentukan pemenang tender;
- 4.1. Bahwa menurut Pedoman Pasal 22, mengatur dan/atau menentukan pemenang tender adalah:

“suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan/atau penentuan pemenang tender tersebut antara lain dilakukan dalam hal penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender dan sebagainya.”
- 4.2. Bahwa berdasar analisis Persekongkolan Horizontal pada bagian Tentang Hukum angka 4 terkait penentuan pemenang tender, Majelis Komisi menyimpulkan hal-hal sebagai berikut:

Bahwa dengan melihat bukti Kesamaan dalam dokumen Penawaran antara Terlapor II dan Terlapor III Majelis Komisi menilai hubungan kerjasama Terlapor II, dan Terlapor III untuk mengatur dan menentukan Terlapor II sebagai pemenang tender, sedangkan Terlapor III berperan sebagai perusahaan

pendamping; bahwa dengan demikian unsur mengatur dan/atau menentukan pemenang tender terpenuhi;

5. Unsur dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat
 - 5.1. Bahwa menurut Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, yang dimaksud 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;
 - 5.2. Bahwa tindakan Terlapor II dan Terlapor III, merupakan tindakan yang tidak jujur dan menghambat persaingan usaha dan berpotensi menimbulkan kerugian negara bahwa dengan demikian, unsur dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat terpenuhi;

Berdasarkan hal tersebut menurut peneliti dalam pemenuhan unsur – unsur Pasal 22 telah terpenuhi, dengan alasan – alasan peneliti sebagai berikut:

 1. Mengenai unsur Pelaku usaha telah terpenuhi karena disini kedua Terlapor merupakan pelaku usaha dengan bentuk Perseroan Terbatas yang mana merupakan badan hukum yakni PT. Nike Jaya Abadi dan PT. Yulia Jaya;
 2. Unsur bersekongkol telah terpenuhi dengan ditemukan kesamaan dalam dokumen penawaran antara Terlapor II, dan Terlapor III membuktikan adanya komunikasi, tukar menukar informasi dan koordinasi dalam hal mempersiapkan dan menyusun dokumen penawaran antara Pemenang tender yakni Terlapor II dan Terlapor III sebagai perusahaan pendamping;
 3. Unsur Pihak lain telah terpenuhi, terdapatnya pelaku usaha lain yakni PT. Yulia Jaya sebagai Terlapor III serta pihak lain yakni Panitia pengadaan sebagai Terlapor I;
 4. Unsur mengatur dalam memenangkan tender telah terpenuhi dengan

bersekongkolnya antara Terlapor II dan III merupakan upaya dari keduanya untuk memenangkan tender, Terlapor III yang tidak bersungguh-sungguh dalam mengikuti paket tender dan hanya sebagai pendamping pada paket yang tidak ingin dimenangkan, tercermin dalam tindakan Terlapor III yang sejak awal sudah mengetahui bahwa tidak memiliki pengalaman sejenis pada tender;

5. Unsur mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat telah terpenuhi karena dengan ditemukan terdapatnya tindakan persekongkolan maka sudah jelas kegiatan tersebut dilarang karena dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

Penulis sependapat dengan penilaian Majelis Komis dalam penilaiannya bahwa seluruh unsur dalam Pasal 22 dalam perkara Nomor 16/KPPU-I/2016 tentang persekongkolan dalam tender pengadaan prasarana pendidikan telah terpenuhi sehingga sesuai dengan rumusan pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999.

b. Persekongkolan Horizontal dan Vertikal Dalam Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016

1. Persekongkolan Horizontal

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 diantara peserta tender (Usman, 2013: 485).

Berdasarkan Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 yang dimaksud dengan persekongkolan horizontal adalah persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya.

Penjelasan Pasal 83 ayat (2) huruf e Peraturan Presiden Republik Indonesia
Jurnal Meta-Yuridis Vol. 2 No.1 Tahun 2019

Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, secara tegas menyebutkan Indikasi persekongkolan antar Penyedia Jasa harus dipenuhi sekurang- kurangnya 2 (dua) indikasi di bawah ini:

1. Terdapat kesamaan dokumen teknis, antara lain: metode kerja, kualifikasi tenaga ahli, dan/atau uraian belanja non personil;
2. Seluruh penawaran dari Penyedia mendekati HPS atau pagu anggaran;
3. Adanya keikutsertaan beberapa Penyedia Jasa yang berada dalam 1 (satu) kendali;
4. Adanya kesamaan/kesalahan isi dokumen penawaran, antara lain kesamaan/kesalahan pengetikan, susunan, dan format penelitian;

Dalam perkara persekongkolan dalam tender pengadaan prasarana pendidikan, berdasarkan analisis tentang persekongkolan horizontal sebagaimana telah diuraikan berdasarkan Laporan Dugaan Pelanggaran dan Kesimpulan yang disampaikan oleh Investigator, terdapat indikasi persekongkolan horizontal yang dilakukan oleh Terlapor II dan Terlapor III berdasarkan bukti-bukti sebagai berikut:

1. Terdapat Kesamaan dalam metode pelaksanaan ;
Dalam pemeriksaan ditemukan fakta terdapat kesamaan pada dokumen penawaran Terlapor II dan Terlapor III kesamaan tersebut yakni terdapat kesamaan substansi metode pelaksanaan dalam pekerjaan bekisting, pekerjaan beton, pekerjaan marking posisi sepatu kolom, pekerjaan pemasangan keramik, pekerjaan bagian Penutup Dinding dan Atap.
2. Terdapat Kesamaan daftar personil inti;
Ditemukan kesamaan dalam daftar personil inti kedua terlapor sebanyak 11 (sebelas) orang yang beberapa diantaranya merupakan personil

utama dalam pekerjaan tender tersebut

3. Terdapat Kesamaan Item Penawaran.
Dalam kedua dokumen penawaran antara Terlapor II dan Terlapor III ditemukan terdapat kesamaan. Kesamaan harga penawaran kedua perusahaan merupakan kesamaan yang identik sampai pada dua angka setelah koma yang membuktikan bahwa hal tersebut sangat sulit bila harga penawaran dibuat masing-masing secara mandiri.
4. Terdapat Kesamaan IP Address;
Kedua terlapor mengunggah dokumen tender menggunakan fasilitas komputer dan internet yang disediakan oleh LPSE dikantor Kominfo Jalan Basuki Rahmat Samarinda dikarenakan sinyalnya lebih kencang dan kuat. dengan didapati IP Address yang sama serta pada hari yang sama serta waktu yang berurutan,.
5. Terdapat Kesamaan Metadata Dokumen Penawaran;
Bahwa dari metadata dokumen penawaran PT Nike Jaya Abadi, dan PT Yulia Jaya terdapat beberapa item dalam properties yang memiliki kesamaan terutama terkait dengan item “*Author*”, “*Create*”, “*PDF Producer*” yang masing-masing menggunakan DEL Ta_COM, 27/03/2013, *FREE PD Fill and Image Writer*. Membuktikan telah melihat dan membandingkan dokumen tender masing-masing sebelum penyerahan.
6. Terdapat Kesamaan dalam pemalsuan surat dukungan.
Dalam dokumen penawaran tender ditemukan PT. Nike Jaya Abadi dan PT. Yulia Jaya menggunakan surat dukungan dari PT. Bengalon Jaya Lestari untuk material pekerjaan berupa tiang pancang. Bahwa nomor surat dukungan material dari PT. Bengalon Jaya Lestari berurutan Nomor 97/NJA/BJL/III/2013 untuk PT. Nike Jaya Abadi dan Nomor

98/YJ/BJL/III/2013 untuk PT. Yulia Jaya merupakan surat dukungan yang tidak pernah dikeluarkan oleh PT. Bengalon Jaya Lestari yang telah dikonfrontasikan langsung dalam pemeriksaan saksi PT. Bengalon Jaya Lestari yang pada pokoknya Direktur PT. Bengalon Jaya Lestari tidak pernah mengeluarkan surat dukungan kepada kedua perusahaan dan tidak pernah mendapatkan pekerjaan perkara ini. Bahkan berdasarkan keterangan saksi Ir. Ch. A Dwidu yang merupakan orang yang dikaitkan dalam penandatanganan surat dukungan yang disangka sebagai direktur, bukanlah direktur PT. Bengalon Jaya Lestari dan juga bukan orang yang berwenang untuk menandatangani surat dukungan kepada pihak lain.

7. Terdapat Hubungan Afiliasi
berdasarkan bukti pemeriksaan Terlapor II dan Terlapor III, para Terlapor mengakui adanya hubungan afiliasi perusahaan dalam bentuk hubungan keluarga. Berdasarkan pengakuan para Terlapor, pemilik Terlapor III merupakan sepupu suami dari Terlapor II yang menjabat masing-masing sebagai organ perseroan.

Berdasarkan fakta – fakta yang didapatkan dalam persidangan majelis komisi memutuskan, menyatakan bahwa Terlapor II, dan Terlapor III, terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Dalam hal ini pendapat peneliti sejalan dengan pertimbangan Majelis Komisi. Fakta – fakta tersebut sesuai dengan indikasi persekongkolan berdasarkan Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 tentang Penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dan Penjelasan Pasal 83 ayat (2) huruf e Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden

Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang /Jasa Pemerintah. Alasan peneliti sependapat dengan Majelis Komis dalam menentukan terdapatnya persekongkolan Horizontal adalah sebagai berikut:

1. Terdapat kerjasama antara Terlapor II dengan Terlapor III;
2. Terlapor II dan Terlapor III melakukan penyesuaian dokumen dengan banyaknya kesamaan dalam dokumen yang ditemukan;
3. Tentunya sebelum mengajukan penawaran Terlapor II dan Terlapor III membandingkan dokumen sebelum penyerahan;
4. Terlapor III menciptakan persaingan semu dengan tidak bersungguh-sungguh mengikuti tender
5. Terdapatnya metadata yang sama serta menggunakan IP Adress yang sama dengan waktu yang berurutan.

Sehingga hemat peneliti pertimbangan majelis komisi dalam menentukan telah terjadinya persekongkolan horizontal dalam tender pengadaan prasarana pendidikan UPTD – SKOI telah sesuai dengan UU No. 5 Tahun 1999.

2. Persekongkolan Vertikal

Merupakan persekongkolan yang terjadi di antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan. Persekongkolan ini dapat terjadi dalam bentuk dimana panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan bekerjasama dengan salah satu atau beberapa peserta tender (Usman, 2013: 486).

Dalam salinan putusan KPPU Nomor 16/KPPU-I/2016, investigator berdasarkan Laporan Dugaan Pelanggaran (LDP) menilai terjadi Persekongkolan Vertikal antara Terlapor I (Panitia Pengadaan) dengan Terlapor II dan Terlapor III, dalam temuannya terdapat

tindakan Terlapor I yang tidak melakukan proses evaluasi administrasi dan teknis dengan baik dan benar, dengan bukti dokumen penawaran, terdapat kesamaan metode penawaran antara Terlapor II dan Terlapor III, kesamaan dokumen ini seharusnya telah diketahui Terlapor I sejak prakualifikasi, karena Terlapor II dan Terlapor III lulus hingga tahap evaluasi kualifikasi. berdasarkan pada alat bukti yang diperoleh selama proses persidangan, ditemukan fakta kesamaan dokumen penawaran dan kesamaan IP Address pada saat mengunggah dokumen penawaran dalam setiap Paket Pekerjaan.

Berdasarkan Pasal 83 ayat (1) huruf c Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 menyatakan bahwa “*ULP menyatakan Pelelangan/ Pemilihan Langsung Gagal apabila dalam evaluasi penawaran ditemukan bukti/indikasi terjadi persaingan tidak sehat*”.

Dalam penjelasan Pasal 83 Perpres Nomor 54 Tahun 2010 menjelaskan mengenai indikasi persaingan usaha tidak sehat yang salah satunya adalah terdapat kesamaan dokumen teknis. Kemudian dalam Penjelasan Pasal 83 ayat (2) huruf e Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, secara tegas menyebutkan

Indikasi persekongkolan antar Penyedia Jasa harus dipenuhi sekurang- kurangnya 2 (dua) indikasi di bawah ini:

1. *Terdapat kesamaan dokumen teknis, antara lain: metode kerja, kualifikasi tenaga ahli, dan/atau uraian belanja non personil;*
2. *Seluruh penawaran dari Penyedia mendekati HPS atau pagu anggaran;*
3. *Adanya keikutsertaan beberapa Penyedia Jasa yang berada dalam 1 (satu) kendali;*
4. *Adanya kesamaan/kesalahan isi dokumen penawaran, antara lain kesamaan/kesalahan pengetikan, susunan, dan format penulisan;*

Tindakan Terlapor I dengan tidak menggagalkan pelelangan ini adalah sebagai tindakan pengaturan dengan melakukan komunikasi, koordinasi dan kerjasama sebagaimana dimaksud diatas dilakukan dalam rangka untuk menentukan pemenang tender. Hal ini dapat di buktikan antara lain dengan adanya kesamaan/kesalahan isi dokumen penawaran, antara lain kesamaan /kesalahan pengetikan, susunan, dan format penulisan. seharusnya sedari awal Terlapor I sebagai Panitia Pengadaan telah menyadari adanya kesamaan sebagaimana ditemukan dalam fakta persidangan, sehingga panitia dapat menggunakan wewenangnya sebagaimana diatur dalam Peraturan Presiden diatas, yakni dengan menggagalkan proses lelang apabila terdapat indikasi persaingan usaha tidak sehat dalam proses tender.

Dalam diktumnya pada salinan putusan Nomor 16/KPPU-I/2016 Majelis Komisi memutuskan, menyatakan bahwa Terlapor I tidak terbukti melanggar Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, Majelis Komisi dalam rekomendasinya hanya meminta Ketua KPPU untuk memberikan rekomendasi kepada Gubernur Kalimantan Timur bahwa dalam pelaksanaan tender memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat. peneliti dalam putusannya tersebut tidak sependapat dengan Majelis Komisi, menurut peneliti putusan komisi tentang pernyataan tidak terdapatnya indikasi persekongkolan vertikal kurang tepat.

Majelis Komisi hendaknya memutuskan bahwa Terlapor I sebagai panitia telah bersalah karena melakukan kelalaian dengan membiarkan terjadinya persekongkolan antara peserta tender, seharusnya terlapor I telah mengetahui terlebih dahulu dan mencegah terjadi persekongkolan. Dengan kewenangannya untuk menyatakan pelelangan gagal lebih dulu apabila terdapat indikasi persekongkolan. Tidaklah tepat menurut pendapat peneliti apabila Majelis Komisi menilai belum cukup bukti adanya

tindakan Terlapor I yang menunjukkan adanya keterkaitan dengan kerja sama yang dilakukan oleh Terlapor II dan Terlapor III sehingga terjadinya persekongkolan vertikal. Dalam Pasal 1366 KUHPerdara menjelaskan bahwa "*Seorang tidak saja bertanggung jawab untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya sendiri, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena kelalaian atau kurang kehati – hatiannya*". Dalam perkara pidana menurut menurut Simons sebagaimana dikutip dalam Sudarto (1990: 125) yang menyebutkan syarat untuk adanya kelalaian, sebagai berikut:

- a. Tidak ada penghati – hati;
- b. Dapat diduga akibatnya.

Apabila kita melihat pendapat ahli pidana tersebut mensyaratkan suatu perbuatan dapat dikategorikan sebagai suatu kelalaian apabila tidak ada penghati – hatian dalam kasus ini Terlapor I sebagai panitia pengadaan tender seharusnya sudah mempersiapkan untuk menangani berbagai kemungkinan – kemungkinan yang akan muncul terdapatnya persaingan usaha tidak sehat dalam pengadaan tender yang ia jalankan, dan seharusnya panitia pengadaan sudah menduga sedari awal apabila terdapat persekongkolan dalam tender tersebut.

Sangatlah penting menurut peneliti dalam melakukan penilaian terjadinya suatu persekongkolan dengan melihat faktor – faktor yang tidak langsung akan tetapi mendukung terjadinya suatu persekongkolan. Sehingga apabila pertimbangan tersebut disandingkan dengan kasus ini, maka sudah selayaknya majelis komisi menilai bahwa terdapat indikasi persekongkolan vertikal antara Terlapor I dengan Terlapor II dan Terlapor III. Karena menurut peneliti sudah cukup untuk membuktikan telah adanya indikasi persekongkolan secara vertikal tersebut.

Dengan adanya kesamaan dalam dokumen penawaran, IP Address, kesamaan nama peronil inti, serta bukti – bukti lain yang sebelumnya telah peneliti jelaskan, seharusnya sudahlah cukup untuk menjadi bahan pertimbangan Majelis Komisi dalam menilai adanya indikasi persekongkolan secara vertikal, Tindakan terlapor I dengan melakukan pembiaran sehingga memfasilitasi terjadinya persekongkolan horizontal sebagaimana peneliti uraikan di atas, merupakan bentuk unsur bersekongkol, sebagaimana diatur dalam pedoman Pasal 22 huruf:

- (f) *tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu;*
- (g) *pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum.*

Dalam pedoman Pasal UU No. 5 Tahun 1999 yakni Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 menjelaskan untuk mengetahui telah terjadi tidaknya suatu persekongkolan dalam tender maka perlu melihat adanya indikasi persekongkolan, salah satu indikasi yang sesuai yakni indikasi persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan atau pra lelang, pada huruf d menyatakan :

- d. Adanya pelaku usaha yang diluluskan dalam prakualifikasi walaupun tidak atau kurang memenuhi persyaratan yang telah ditetapkan.

Banyaknya temuan kesamaan dalam dokumen penawaran Terlapor II dan Terlapor III seharusnya dianggap tidak memenuhi persyaratan mengikuti tender. Bahwa terkait kesamaan-kesamaan tersebut

misalnya kesamaan nama personil inti dalam dokumen penawaran Terlapor II dan Terlapor III. menurut keterangan Ahli LKPP Setyabudi Arijanta (sebagaimana peneliti kutip keterangannya dalam memberikan pendapatnya sebagai ahli dalam perkara KPPU Nomor 15/KPPU-I/2014) menyatakan, “jika terdapat nama personil yang sama dalam dokumen penawaran, maka Panitia seharusnya melakukan klarifikasi, kemudian dapat melaporkan kepada pihak kepolisian karena adanya penipuan, dan bahkan dapat melakukan *blacklist*”.

Seharusnya Terlapor I cermat dan teliti melihat indikasi adanya persekongkolan horizontal yang dilakukan oleh para peserta tender, sebagaimana pendapat Ahli LKPP Setyabudi Arijanta dalam pemeriksaan yang menyatakan “Jika Panitia menemukan indikasi penawaran yang masuk tidak ada persaingan maka seharusnya digugurkan, jika ragu maka seharusnya diklarifikasi, dan jika temuan ada dalam evaluasi kualifikasi, maka wajib dilakukan pembuktian kualifikasi”. Dalam kasus ini Terlapor I terlihat bersikap apatis, dalam proses tender sudah selayaknya Terlapor I bersifat cermat dan teliti sebagai panitia tender yang harus bekerja secara profesional.

Terlapor I tidak melakukan evaluasi dengan benar, terbukti Terlapor I tidak melakukan klarifikasi terhadap kesamaan dalam dokumen penawaran, kesamaan IP address, kemiripan metode pelaksanaan, sebagaimana telah diuraikan pada bagian persekongkolan horizontal di atas, maka peneliti menilai Terlapor I melakukan pembiaran terhadap adanya persekongkolan horizontal dalam rangka mengatur pemenang tender pada paket tender

Tepat jika Terlapor I dipersalahkan karena lalai dalam tugasnya sebagai panitia sehingga secara tidak langsung menyebabkan terjadinya persekongkolan horizontal antara Terlapor II dan Terlapor III. Berdasarkan bukti – bukti tersebut serta sikap Terlapor yang tidak kooperatif dalam persidangan menunjukkan terdapat adanya indikasi persekongkolan vertikal, sehingga sudah selayaknya peneliti menilai bahwa telah terjadi persekongkolan secara vertikal. Secara singkatnya alasan peneliti dalam menilainya terdapatnya persekongkolan secara vertikal adalah sebagai berikut:

1. Telah terdapat bukti yang cukup untuk dalam menentukan telah terjadinya persekongkolan horizontal yang seharusnya sudah diketahui oleh Terlapor I sedari awal;
2. Terlapor I seharusnya telah menggugurkan tender apabila terdapat indikasi persekongkolan justru Terlapor I meluluskan dokumen penawaran Terlapor II dan Terlapor III serta menjadikan Terlapor II sebagai pemenang tender;
3. Sifat tidak kooperatif Terlapor I yang tidak memberikan klarifikasi terhadap kasus tersebut dan tidak menghadiri persidangan sebanyak tiga kali dengan panggilan secara patut, sebagaimana telah menjadi kewajiban Terlapor I sebagai pihak lain yang telah diatur dalam Pasal 41 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999;
4. Terpenuhinya indikasi persekongkolan sebagaimana diatur dalam penjelasan pasal 22 yang salah satu indikasi sesuai yakni indikasi persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan atau pra lelang, pada huruf d.

c. Pemberian Sanksi Dalam Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016

UU No. 5 Tahun 1999 menetapkan 2 (dua) macam sanksi

yaitu sanksi administratif dan sanksi pidana yang terdiri dari pidana pokok dan pidana tambahan. Akan tetapi sanksi yang dapat diberikan oleh KPPU dalam Pasal 47 ayat

(1) UU No. 5 Tahun 1999 hanya sebatas sanksi administrasi, Sanksi administratif merupakan satu tindakan yang dapat diambil oleh Komisi terhadap pelaku usaha yang melanggar UU No. 5 Tahun 1999. Jadi, kewenangan KPPU hanya sebatas menjatuhkan sanksi administrasi, KPPU tidak mempunyai kewenangan menjatuhkan sanksi perdata dan pidana, yang merupakan wewenang Pengadilan Negeri.

Tindakan administratif yang dapat dijatuhkan KPPU ditentukan secara limitatif dalam ketentuan Pasal 47 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999, yang menetapkan bahwa:

- 1) *Penetapan pembatalan perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sampai 13, Pasal 15 dan Pasal 16;*
- 2) *Perintah untuk menghentikan integrasi vertikal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14;*
- 3) *Perintah untuk menghentikan penyalahgunaan posisi dominan;*
- 4) *Penetapan pembatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28;*
- 5) *Penetapan pembayaran ganti rugi;*
- 6) *Pengenaan denda minimal Rp 1.000.000.000 (satu miliar rupiah) dan setinggi tingginya Rp 25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah).*

Berdasarkan uraian mengenai sanksi administrasi bagi pelanggar Pasal 22 Undang-Undang Anti Monopoli di atas dan dikaitkan dengan kasus tender dalam pengadaan prasarana pendidikan UPTD – SKOI yang telah di putus KPPU melalui Putusan Nomor 16/KPPU-I/2016 tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 22 UU No. 5

Tahun 1999 yang mana dalam putusan tersebut Majelis Komisi menjatuhkan sanksi yaitu berupa:

1. Menghukum Terlapor II, membayar denda sebesar Rp 444.175.200,00 (Empat Ratus Empat Puluh Empat Juta Seratus Tujuh Puluh Lima Ribu Dua Ratus Rupiah)
2. Menghukum Terlapor III, membayar denda sebesar Rp 190.360.800,00 (Seratus Sembilan Puluh Juta Tiga Ratus Enam Puluh Ribu Delapan Ratus Rupiah)

Putusan KPPU No. 16/KPPU-I/2016 yang telah di putus oleh Majelis Komisi menurut peneliti kurang sesuai dengan sanksi yang telah dituangkan dalam UU No. 5 Tahun 1999. Hal ini disebabkan karena sanksi yang berupa sanksi pengenaan denda yang di jatuhkan oleh Majelis Komisi kepada PT. Nike Jaya Abadi dan PT.Yulia Jaya dibawah yang telah di tentukan oleh Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Dalam Pasal 47 ayat (2) huruf g, pengenaan denda untuk pelanggaran terhadap Pasal 22 serendah-rendahnya adalah Rp1.000.000. 000,00 (satu milyar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp25.000.000.000 ,00 (dua puluh lima miliar rupiah). Dari yang sudah di atur didalam UU No. 5 Tahun 1999 dengan amar putusan yang telah ditetapkan oleh Majelis Komisi pengenaan sanksi administratif yang berupa denda yang diberikan oleh KPPU dalam menegakan hukum persaingan usaha kepada Terlapor II dan Terlapor III menjadi kurang sesuai dengan aturan pemberian sanksi administratif berupa denda yang telah ditetapkan dalam UU No. 5 Tahun 1999.

Akibat dari ketidaksesuaian antara pemberian sanksi administratif berupa denda yang terdapat dalam

Putusan KPPU Nomor 16/KPPU-I/2016 tersebut dengan aturan pemberian sanksi administratif berupa denda yang diatur dalam Pasal 47 ayat (2) huruf g Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tersebut tentunya akan memberikan prospektif yang buruk dan kurang memberikan efek jera bagi pelaku usaha yang melanggar ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 Bahwa yang mana seharusnya putusan KPPU tersebut ditujukan agar tidak terulang lagi perkara yang sama, memberikan rasa keadilan bagi masyarakat, untuk kepentingan pengembalian kerugian negara, dan untuk mewujudkan persaingan usaha yang sehat.

Sehingga putusan KPPU menurut peneliti masih belum dapat dikatakan membuat para pelaku jera dikarenakan penerapan sanksi yang masih di bawah dari aturan masih ternilai kecil bagi pelaku usaha dibandingkan dengan keuntungan yang diperolehnya dengan memenangkan tender tersebut, seharusnya Majelis Komisi memberikan sanksi denda sebagaimana yang telah ditetapkan dalam Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

2.2. Aspek Formil Putusan KPPU Nomor 16/KPPU-I/2016

a. Mekanisme Penanganan perkara Nomor 16/KPPU-I/2016

Sebagai lembaga pengawas persaingan usaha, KPPU berwenang menangani perkara persaingan usaha. Penanganan perkara persaingan usaha didasarkan pada laporan yang disampaikan pihak pelapor, penanganan perkara persaingan usaha juga dapat dilakukan atas dasar inisiatif KPPU, hal ini diatur dalam Pasal 40 yang kemudian lebih lanjut dijabarkan dalam Pasal 15 sampai dengan Pasal 22 Peraturan KPPU\

Nomor 1 Tahun 2010 Tentang Tata Cara Penanganan Perkara.

Dengan merujuk kepada ketentuan dalam Pasal 2 ayat (4) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, yang kemudian dijabarkan lebih lanjut dengan Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, maka tahapan penanganan perkara berdasarkan inisiatif komisi terdiri atas tahap :

- a. *Kajian;*
- b. *Penelitian;*
- c. *Pengawasan Pelaku Usaha;*
- d. *Penyelidikan;*
- e. *Pemberkasan;*
- f. *Sidang Majelis Komisi; dan*
- g. *Putusan Komisi.*

Dalam perkara persekongkolan Nomor 16/KPPU-I/2016 berkaitan dengan Paket Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan Unit Pelaksana Teknis Daerah (UPTD) Sekolah Khusus Olahragawan Internasional (SKOI) Provinsi Kalimantan Timur, Tahun Anggaran 2013. Sebagaimana peneliti kutip dalam salinan putusan tersebut diatas, KPPU melakukan penangan perkara dengan melakukan inisiatif, Maka dalam menentukan adanya dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999.

Penelitian merupakan tahap awal dalam mendapatkan bukti awal dugaan pelanggaran terhadap pelaku usaha, untuk itu Sekretariat Komisi melakukan penelitian tentang adanya dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999 berkaitan dengan Paket Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan Unit Pelaksana Teknis Daerah (UPTD) Sekolah Khusus Olahragawan Internasional (SKOI) Provinsi Kalimantan Timur.

Dari hasil penelitian tersebut Sekretariat Komisi yang menangani monitoring Pelaku Usaha menyiapkan dan menyampaikan Laporan Hasil Penelitian (LHP) dalam Rapat Komisi/Rapat Koordinasi, berdasarkan Laporan Hasil Penelitian apabila berpotensi melakukan pelanggaran Undang-Undang Komisi

menetapkan tindaklanjut Penyelidikan berdasarkan Laporan Hasil Penelitian apabila memenuhi kriteria paling sedikit terdapat dugaan perilaku yang melanggar Undang-Undang.

Penyelidikan yang telah dilakukan Sekretariat Komisi terhadap Laporan Hasil Penelitian, telah memperoleh bukti yang cukup, kejelasan, dan kelengkapan dugaan pelanggaran yang kemudian bukti tersebut dituangkan dalam bentuk Laporan Hasil Penyelidikan (LHP). Bukti yang didapatkan dalam penyidikan kemudian dibuat dalam bentuk Laporan Hasil Penyidikan sehingga selanjutnya dilakukan pemberkasan, kemudian Laporan Hasil Penyelidikan tersebut dinilai layak untuk dilakukan Gelar Laporan dan disusun dalam bentuk Rancangan Laporan Dugaan Pelanggaran (RLDP). Dalam Gelar Laporan, Rapat Komisi menyetujui RLDP tersebut menjadi Laporan Dugaan Pelanggaran (LDP).

Selanjutnya Ketua Komisi menerbitkan Penetapan Komisi Nomor 56/KPPU/Pen/XII/2016 tanggal 29 Desember 2016 tentang Pemeriksaan Pendahuluan Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016, berdasar kan Penetapan Pemeriksaan Penda huluan tersebut, Ketua Komisi menetapkan pembentukan Majelis Komisi melalui Keputusan Komisi Nomor 14/KPPU/Kep.3/II/2017 tanggal 28 Februari 2017 tentang Penugasan Anggota Komisi sebagai Majelis Komisi pada Pemeriksaan Pendahuluan Perkara Nomor 16/KPPUI/2016.

Ketua Majelis Komisi Perkara Nomor 16/KPPUI/2016 menerbitkan Surat Keputusan Majelis Komisi Nomor 10/KPPU/Pen/II/2017 tentang Jangka Waktu Pemeriksaan Pendahuluan Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016, yaitu dalam jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari kerja terhitung sejak tanggal 07 Maret 2017 sampai dengan tanggal 19 April 2017. kemudian Majelis Komisi menyampaikan Pemberitahuan Pemeriksaan Pendahuluan, Petikan Penetapan Pemeriksaan Pendahuluan,

Petikan Surat Keputusan Majelis Komisi tentang Jangka Waktu Pemeriksaan Pendahuluan, dan Surat Panggilan Sidang Majelis Komisi I kepada para Terlapor.

Berdasarkan hal tersebut peneliti dalam hal ini menganalisa terdapat kesesuaian mengenai jangka waktu dimulainya sidang Pemeriksaan Pendahuluan sebagaimana diatur dalam Pasal 49 ayat (1), dalam kasus tersebut sesuai dikarenakan peraturan komisi Nomor 1 Tahun 2010 mewajibkan untuk pelaksanaan Pemeriksaan Pendahuluan 7 (tujuh) hari setelah ditetapkannya Keputusan Komisi Nomor 14/KPPU/Kep.3/II/ 2017 tanggal 28 Februari 2017 tentang Penugasan Anggota Komisi sebagai Majelis Komisi pada Pemeriksaan Pendahuluan Perkara Nomor 16/KPPUI/2016 Majelis Komisi melakukan pemeriksaan pendahuluan pertamakali pada tanggal 7 maret 2017. Yang dalam hal ini masih dalam jangka waktu 7 hari sebagaimana diatur dalam Pasal 49 ayat (1) tersebut

Akan tetapi peneliti menemukan ketidaksesuaian Majelis Komis dalam menentukan jangka waktu Pemeriksaan pendahuluan dalam menerbitkan Surat Keputusan Majelis Komisi Nomor 10/KPPU/Pen/II/2017 tentang Jangka Waktu Pemeriksaan Pendahuluan Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016, yaitu dalam jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari kerja terhitung sejak tanggal 07 Maret 2017 sampai dengan tanggal 19 April 2017, apabila peneliti hitung jangka waktu tanggal 7 Maret 2017 sampai dengan 19 April 2017, jika dihitung berdasarkan hari kerja bukanlah 30 (tiga puluh) hari sebagaimana diatur dalam Pasal 39 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 dan Pasal 49 ayat (2) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 akan tetapi 32 (tiga puluh dua) hari. Hal tersebut tentunya bertentangan dengan aturan yang telah berlaku.

Pada tanggal 07 Maret 2017, Majelis Komisi melaksanakan Sidang Majelis Komisi I dengan agenda Pembacaan dan Penyerahan Salinan LDP oleh Investigator

kepada Terlapor yang kemudian di lanjutkan pada tanggal 14 Maret 2017, Majelis Komisi melaksanakan Sidang Majelis Komisi II. Kemudian pada tanggal 4 April 2017 Majelis Komisi melaksanakan Sidang Majelis Komisi III dengan agenda untuk Terlapor I yaitu Penyerahan Tanggapan Terlapor terhadap LDP disertai dengan pengajuan alat bukti berupa nama saksi dan atau nama ahli dan atau surat dan/atau dokumen yang mendukung.

Setelah melakukan Pemeriksaan Pendahuluan, Majelis Komisi menyusun Laporan Hasil Pemeriksaan Pendahuluan (LHPP) yang disampaikan kepada Rapat Komisi. berdasarkan pertimbangan terhadap LHPP, Rapat Komisi memutuskan untuk dilakukan Pemeriksaan Lanjutan terhadap Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016. Tahapan pemeriksaan sidang majelis komisi berikutnya adalah pemeriksaan lanjutan perkara persaingan usaha, yang dilakukan paling lambat 30 (tiga puluh) hari setelah pelaksanaan tahap pemeriksaan pendahuluan. pemeriksaan lanjutan ini diselenggarakan dalam rangka untuk menyimpulkan ada atau tidak adanya bukti pelanggaran terhadap Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 (Usman, 2013: 146). Berdasarkan Keputusan Rapat Komisi, selanjutnya Komisi menerbitkan Penetapan Komisi Nomor : 15/KPPU/Pen/IV/2017 tanggal 18 April 2017 tentang Pemeriksaan Lanjutan Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016. Untuk melaksanakan Pemeriksaan Lanjutan, Komisi menerbitkan Keputusan Komisi Nomor 26/KPPU /Kep.3/IV/2017 tanggal 18 April 2017 tentang Penugasan Anggota Komisi sebagai Majelis Komisi pada Pemeriksaan Lanjutan Perkara Nomor 16/KPPUI/2016.

Dalam salinan putusan KPPU menjelaskan Ketua Majelis Komisi Perkara Nomor 16/KPPUI/2016 menerbitkan Surat Keputusan Majelis Komisi Nomor 21/KMK/Kep/IV/2017 tentang Jangka Waktu Pemeriksaan Lanjutan Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016, yaitu dalam jangka waktu paling lama 60 (enam puluh) hari kerja terhitung sejak tanggal 20 April

2017 sampai dengan tanggal 26 Juli 2017. Setelah melakukan Pemeriksaan Lanjutan, Majelis Komisi menilai perlu dilakukan Perpanjangan Pemeriksaan Lanjutan, maka Majelis Komisi menerbitkan Surat Keputusan Majelis Komisi Nomor 35/KMK/Kep/VII/2017 tentang Perpanjangan Pemeriksaan Lanjutan Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016, yaitu dalam jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari kerja terhitung sejak tanggal 28 Juli 2017 sampai dengan tanggal 11 September 2017. untuk melaksanakan Perpanjangan Pemeriksaan Lanjutan, Komisi Ketua Komisi menetapkan pembentukan Majelis Komisi melalui Keputusan Komisi Nomor 43/KPPU/Kep.3/VII/2017 tanggal 25 Juli 2017 tentang Penugasan Anggota Komisi sebagai Majelis Komisi pada Perpanjangan Pemeriksaan Lanjutan Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016.

Berdasarkan kronologis penanganan perkara sebagaimana peneliti kutip dalam salinan putusan KPPU Nomor 16/KPPU-I/2016 tersebut diatas. Peneliti menilai mengenai dimulainya pemeriksaan lanjutan telah sesuai dengan Pasal 57 ayat (1) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 Dalam hal ini sesuai dikarenakan Keputusan ketua komisi dikeluarkan pada tanggal 18 April 2017 dan pelaksanaan pemeriksaan lanjutan dimulai pada tanggal 20 April 2017 yang dalam hal ini masih masuk dalam waktu 7 (tujuh) hari sebagaimana diatur dalam pasal tersebut diatas.

Sedangkan mengenai jangka waktu pemeriksaan lanjutan peneliti kembali menemukan ketidaksesuaian Majelis Komisi dalam menetapkan jangka waktu pemeriksaan lanjutan, Dalam penetapan Majelis Komisi mengenai jangka waktu pemeriksaan dimulai sejak tanggal 20 April 2017 hingga tanggal 26 Juli 2017, yang apabila jika peneliti hitung dalam hari kerja, jangka waktu tersebut adalah 70 (Tujuh puluh) hari kerja hal ini tidak sesuai dengan aturan yang mewajibkan penyelesaian pemeriksaan lanjutan dalam jangka waktu 60 (enam puluh) hari. Kemudian mengenai perpanjangan waktu pemeriksaan lanjutan

meskipun Majelis Komisi memiliki wewenang untuk memperpanjang pemeriksaan sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (2) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Pasal 57 ayat (2) dan (3) sebagaimana telah peneliti jelaskan diatas, dalam perpanjangan pemeriksaan lanjutan dimulai sejak tanggal 28 Juli 2017 sampai dengan tanggal 11 September 2017, yang apabila dihitung dalam hari kerja jumlahnya adalah 32 (tiga puluh dua) hari, hal ini tentu menyalahi aturan yang memperbolehkan melakukan perpanjangan 30 (tiga puluh) hari.

Setelah berakhirnya jangka waktu Perpanjangan Pemeriksaan Lanjutan, Komisi menerbitkan Penetapan Komisi Nomor 30/KPPU/Pen /IX/2017 tanggal 12 September 2017 tentang Musyawarah Majelis Komisi Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016. untuk melaksanakan Musyawarah Majelis Komisi, Komisi menerbitkan Keputusan Komisi Nomor 52/KPPU/Kep.3/IX/2017 tanggal 12 September 2017 tentang Penugasan Anggota Komisi sebagai Majelis Komisi pada Musyawarah Majelis Komisi Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016. Setelah melaksanakan Musyawarah Majelis Komisi, Majelis Komisi menilai telah memiliki bukti dan penilaian yang cukup untuk mengambil putusan yang ditetapkan melalui musyawarah dalam Sidang Majelis Komisi pada hari Rabu tanggal 04 Oktober 2017 yang kemudian dibacakan di muka persidangan yang dinyatakan terbuka untuk umum pada hari Senin tanggal 23 Oktober 2017 oleh Majelis Komisi.

Dalam melakukan Musyawarah Majelis Komisi menurut penilaian peneliti sudah sesuai dengan aturan tersebut diatas, karena dalam jangka waktu 7 (tujuh) hari setelah dilakukan pemeriksaan lanjutan Majelis Komis wajib melakukan Musyawarah Majelis Komisi. Akan tetapi kembali peneliti menemukan ketidaksesuaian, mengenai hasil kesepakatan dalam Musyawarah Majelis Komisi yang harus menyepakati telah terjadi atau tidak terjadinya pelanggaran terhadap Undang

– Undang dalam jangka waktu paling lama 15 (lima belas) hari sedangkan dalam salinan putusan peneliti menemukan bahwa Majelis Komisi telah bersepakat pada tanggal 4 Oktober 2017, hal tersebut tentunya melewati 15 (lima belas) hari setelah berakhirnya pemeriksaan lanjutan yakni tanggal 12 September 2017, seharusnya paling lambat Majelis Komisi telah mengambil keputusan pada tanggal 2 (dua) Oktober 2017. Sedangkan mengenai pembacaan putusan di muka sidang Majelis Komisi yang dinyatakan terbuka untuk umum telah sesuai dengan aturan tersebut diatas, yang mengharuskan dibacakan secara umum 30 (tiga puluh) hari sejak Pemeriksaan Lanjutan berakhir, yakni tanggal 23 Oktober 2017.

Mekanisme yang dilakukan oleh Komisi Pengawas Persaingan usaha dalam menangani perkara Nomor 16/KPPU-I/2016 menurut peneliti sebagian telah sesuai dan sebagian bertentangan dengan ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999 serta Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 Tentang Tata Cara Penanganan Perkara.

b. Hak dan Kewajiban Terlapor Dalam Sidang Majelis KPPU

Berdasarkan ketentuan Pasal 41 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 dinyatakan, bahwa:

- (1) *Pelaku usaha dan atau pihak lain yang diperiksa wajib menyerahkan alat bukti yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan.*
- (2) *Pelaku usaha dilarang menolak diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan, atau menghambat proses penyelidikan dan atau pemeriksaan.*
- (3) *Pelanggaran terhadap ketentuan ayat (2), oleh Komisi diserahkan kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan yang berlaku.* Dengan demikian, selama penyelidikan atau pemeriksaan, maka pelaku usaha

dan/atau pihak lain yang diperiksa mempunyai kewajiban untuk menyerahkan alat bukti yang diperlukan dan dilarang menolak untuk diperiksa ataupun dilarang menolak untuk memberikan informasi yang diperlukan dalam penyidikan atau pemeriksaan atau dilarang menghambat proses penyelidikan dan/atau pemeriksaan yang dilakukan KPPU. Karena bila pelaku usaha menolak diperiksa atau memberi informasi yang diperlukan oleh KPPU, maka perkara persaingan usahanya akan diserahkan kepada penyidik Polri untuk dilakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan yang berlaku (Usman, 2013: 165-166).

Dalam perkara memeriksa Perkara Nomor 16/KPPU-I/2016 tentang dugaan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 berkaitan dengan Paket Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan Unit Pelaksana Teknis Daerah (UPTD) Sekolah Khusus Olahragawan Internasional (SKOI) Provinsi Kalimantan Timur, Tahun Anggaran 2013 Majelis Komisi terkendala dengan sikap Terlapor I yang tidak kooperatif ketika dimintai keterangan baik dalam pemeriksaan biasa maupun pemeriksaan Sidang Majelis Komisi, dalam persidangan sudah tiga kali Terlapor dipanggil secara layak untuk menghadap ke persidangan akan tetapi Terlapor I sebagai pihak yang tentunya memiliki informasi yang penting dalam menentukan hasil pertimbangan majelis komisi akan tetapi Terlapor I tidak pernah datang memberikan keterangannya.

Seharusnya dengan kewenangan yang dimiliki oleh KPPU, sebagaimana diatur dalam Pasal 36 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 yakni wewenang untuk “memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran ketentuan UU No. 5 Tahun 1999” dan wewenangnya “meminta keterangan dari instansi Pemerintah dalam kaitannya dengan penyelidikan dan atau

pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU No. 5 Tahun 1999” dengan wewenang tersebut apabila tidak diindahkan maka seharusnya KPPU berwenang untuk meminta bantuan penyidik kepolisian untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli atau setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 yang tidak bersedia memenuhi panggilan Komisi.

Sifat Terlapor I yang tidak bersikap kooperatif sangat berlainan dengan Terlapor II dan Terlapor III yang bersifat kooperatif sehingga mendapatkan keringanan oleh KPPU dalam memberikan sanksi administratif. Terlapor I sebagai Instansi Pemerintah sudah seharusnya mendukung dalam mewujudkan persaingan usaha yang sehat bukan malah mempersulit dengan tidak bersifat kooperatif dengan tidak memberikan keterangan dalam persidangan Majelis Komisi, dalam Pasal 10 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, mewajibkan untuk Instansi Pemerintah untuk memberikan keterangan dalam kaitannya dengan penyelidikan dan/atau pemeriksaan terhadap Pelaku Usaha yang melanggar ketentuan Undang-Undang, namun hal tersebut tidak di indahkan oleh Terlapor I. Secara keseluruhan mengenai hak dan kewajiban Terlapor sebagian telah terpenuhi berikut penilaian peneliti mengenai hal tersebut:

1. Majelis Komisi telah menjalankan hak – hak Terlapor sebagaimana diatur dalam Pasal 8 ayat (2) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010;
2. Terlapor II dan Terlapor III telah melaksanakan hak dan kewaji bannya dengan sebagaimana diatur dalam UU No.5 Tahun 1999 dan Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 yaitu dengan bersifat kooperatif dalam pemeriksaan oleh KPPU;
3. Terlapor II dan Terlapor III menghadiri setiap panggilan untuk penyelidikan dan/atau pemerik saan dalam persidangan;
4. Terlapor I sebagai unsur dari pemerintah tidak menjalankan sebagaimana kewajibannya dalam Pasal 10 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, dimana diwajibkan untuk memberikan segala keterangan terkait dengan penyelidikan dan/atau pemeriksaan;
5. Terlapor I telah bertindak tidak kooperatif dengan tidak menghadiri tiga kali panggilan persidangan yang telah dipanggil secara patut.

Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan di atas, maka simpulan yang diambil adalah:

1. Konsep Pendekatan yang digunakan oleh Tim Majelis Komisi Pengawas Persaingan Usaha dalam memutus kasus persekongkolan tender dalam putusan Nomor 16/KPPU-I/2016 adalah konsep pendekatan *per se illegal*, dibuktikan dengan fokus Majelis Komisi hanya melihat terpenuhinya tindakan melanggar hukum persaingan yang merupakan pendekatan secara Per Se Illegal sehingga tidak melakukan analisis mendalam mengenai dampak yang di timbulkan seperti yang di syartkan dalam pendekatan rule of reason;
2. Apabila dikaji berdasarkan fakta dan data yuridis terkait hal materiil dan formil maka putusan KPPU Nomor 16/KPPU-I/2016 sebagian telah sesuai dengan UU No. 5 Tahun 1999. Mengenai pemenuhan unsur Pasal 22 terkait persekongkokal horizontal dan vertikal telah sesuai, Mengenai pemberian sanksi adminstratif berupa denda oleh Majelis Komisi masih terbilang cukup kecil sehingga belum memberikan efek jera,. mengenai Mekanisme Penanganan perkara, terdapat beberapa ketidaksesuaian dalam penetapan jangka waktu dalam Pemeriksaan Pendahuluan, Pemeriksaan Lanjutan, serta Musyawarah Majelis Komisi dalam mengambil putusan. Mengenai hak dan kewajiban para terlapor bagi

Terlapor II dan Terlapor III telah patuh dan sesuai, akan tetapi Untuk Terlapor I sebagai instansi pemerintah tidak melaksanakan kewajiban sebagaimana diatur dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Referensi

- [1] Hovenkamp, Herbert. 1993 Antitrust, St. Paul Minnesota: West Publishing, Co.
- [2] Ibrahim, Johnny. 2006 Hukum Persaingan Usaha : filosofi, teori, dan implikasi penerapannya di Indonesia. Malang: Bayumedia Publishing.
- [3] Kagramanto,L Budi. 2008. Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha). Surabaya: Srikandi, cetakan pertama.
- [4] Kaysen, Carl dan Donald F. Turner, 1971. Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis, Harvard University Press, Cambridge.
- [5] Lubis, Andi Fahmi dkk. 2017. Hukum Persaingan Usaha. Edisi Kedua. Jakarta: KPPU.
- [6] Rokan, Mustafa Kamal. 2010. Hukum Persaingan Usaha (Teori dan Praktiknya di Indonesia). Jakarta: PT RajaGrafindo Persada.
- [7] Siswanto, Arie. 2002. Hukum Persaingan Usaha, Jakarta: Ghalia Indonesia. Sudarto. 1990. Hukum Pidana I. Semarang: Yayasan Sudarto: Fakultas Hukum Undip.
- [8] Usman, Rachmadi. 2013. Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia. Jakarta: Sinar Grafika.
- [9] _____ . 2013. Hukum Acara Persaingan Usaha Di Indonesia, Jakarta: Sinar Grafika.
- [10] Anggraini, AM. TRI. 2005 Jurnal Hukum Bisnis Persaingan usaha dan persekongkolan tender, penerapan pendekatan rule of reason dan per se illegal dalam hukum persaingan, Volume 24 – No 2
- [11] Bork, Robert H. 1965. “The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division”, The Yale Law Journal, No. 5, Vol. 74,
- [12] Keintjem, Enrico Billy. 2016. Tinjauan Yuridis Praktek Persekongkolan Yang Tidak Sehat Dalam Tender Proyek Menurut Undangundang Nomor 5 Tahun 1991: Lex Administratum, Vol. IV/No. 4/Apr/.
- [13] Widhiyanti, Hanif Nur. 2015. Pendekatan Per Se Illegal dan Rule of Reason Dalam Hukum Persaingan (Perbandingan Indonesia – Malaysia)”, Jurnal Ilmu Hukum, Vol.8 Nomor 3 Desember.
- [14] Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

- [15] Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah beserta Penjelasan Atas Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah
- [16] Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- [17] Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 Tahun 2010 Tentang Tata Cara Penanganan Perkara;
- [18] Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 2 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender;
- [19] Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pedoman Tindakan Administratif Sesuai Ketentuan Pasal 47 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
- [20] Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha.
- [21] Salinan Putusan KPPU atas Perkara Nomor : 16/KPPU-I/2016 Tentang Persekongkolan Tender Paket Pengadaan Pembangunan Sarana dan Prasarana Pendidikan Unit Pelaksana Teknis Daerah (UPTD) Sekolah
- i. Khusus Olahragawan Internasional (SKOI) Provinsi Kalimantan Timur, Tahun Anggaran 2013.
- [22] Salinan Putusan KPPU atas Perkara Nomor 15/KPPU-I/2014 tentang Dugaan Pelanggaran UndangUndang Nomor 5 Tahun 1999 terkait dengan Pengadaan Bus Transjakarta Tahun Anggaran 2013.
- [23] [www.kppu.go.id /id/penegakan-hukum/statistik-perkara](http://www.kppu.go.id/id/penegakan-hukum/statistik-perkara) diakses pada 26 september 2018