

**ANALISIS HUKUM PIDANA PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT
DALAM PRAKTIK PERSEKONGKOLAN TENDER**

Studi Kasus Putusan KPPU (Nomor: 35/KPPU-I/2020)

Reda Manthovani

Universitas Pancasila

Jl. Lenteng Agung Raya No.56, RT.1/RW.3, Srengseng Sawah, Kec. Jagakarsa, Kota Jakarta Selatan,
Daerah Khusus Ibukota Jakarta 12630

E-mail: redamanthovani@univpancasila.ac.id

Abstrak

Keberadaan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan KPPU nampaknya kurang memberi efek jera pada pelaku usaha. Persaingan usaha yang sehat dalam tender jelas bisa diartikan dengan adanya usaha untuk menunjukkan kemampuan masing-masing dari perusahaan secara mandiri dalam penawaran dan pemenuhan persyaratan tanpa bergantung dengan penyelenggara tender itu sendiri. Undang-Undang anti Monopoli jelas dibentuk untuk menghindari tindakan-tindakan dari kelompok yang menguasai pasar. Berdasarkan Putusan KPPU dengan perkara nomor 35/KPPU-I/2020 tentang persekongkolan tender maka penulis menyimpulkan bahwa putusan tersebut sudah sesuai dengan Pasal 22 Undang-Undang no 5 tahun 1996 dimana dalam perkara tersebut Majelis Komisi meyakinkan telah terpenuhinya unsur-unsur persekongkolan tender yaitu Unsur Pelaku Usaha, Unsur Pelaku Usaha Lain dan/atau Pihak yang terkait dengan Pelaku Usaha Lain, Unsur Bersekongkol untuk Mengatur atau Menentukan Pemenang Tender, Unsur Dapat Mengakibatkan Terjadinya Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Kata Kunci: UU No. 5 thn 1999, KPPU, Anti Monopoli

Abstract

The existence of Law Number 5 Year 1999 and KPPU seem to have less of a deterrent effect on business actors. Fair business competition in tenders can clearly be interpreted as efforts to show the ability of each company independently in bidding and fulfilling requirements without relying on the organizer of the tender itself. The anti-monopoly law was clearly formed to prevent the actions of groups that control the market. Based on the KPPU's decision with case number 35/KPPU-I/2020 concerning tender conspiracy, the authors conclude that the decision is in accordance with Article 22 of Law No. 5 of 1996 where in this case the Commission Assembly is convinced that the elements of a tender conspiracy have been fulfilled, namely Business Actors, Elements of Other Business Actors and/or Parties related to Other Business Actors, Elements of Conspiracy to Arrange or Determine the Winner of a Tender, Elements Can Result in Unfair Business Competition.

Keywords: UU no. 5 of 1999, KPPU, Anti Monopoly

A. Pendahuluan

Tender merupakan salah satu kegiatan penawaran dimana dalam tender itu sendiri terdapat seleksi penetapan serta penunjukan suatu perusahaan yang paling layak dan pantas untuk mengerjakan suatu paket pekerjaan. dalam tender tentunya terdapat dua pihak yaitu pihak penyelenggara dan juga pihak perusahaan selaku pelaku usaha untuk melakukan penawaran dan juga nantinya akan terpilih menjadi penyedia dari suatu barang atau jasa dan sering juga disebut vendor. Kegiatan tender tentunya harus sesuai dengan aturan yang telah berlaku untuk menciptakan persaingan usaha yang sehat.

Persaingan usaha yang sehat dalam tender jelas bisa diartikan dengan adanya usaha untuk menunjukkan kemampuan masing-masing dari perusahaan secara mandiri dalam penawaran dan pemenuhan persyaratan tanpa bergantung dengan penyelenggara tender itu sendiri. Undang-Undang anti Monopoli jelas dibentuk untuk menghindari tindakan-

tindakan dari kelompok yang menguasai pasar. Karena dengan posisi dominan mereka dapat menggunakan kekuatannya untuk berbagai macam kepentingan yang menguntungkan pelaku usaha. Sehingga dengan lahirnya Undang-Undang anti Monopoli maka ada aturan yang mengatur ketika terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat antara pelaku usaha.

Persaingan usaha tidak sehat merupakan dampak dari praktek persaingan usaha. Kondisi persaingan usaha dalam beberapa hal memiliki juga aspek-aspek negatif, salah satunya apabila suatu persaingan dilakukan oleh pelaku ekonomi yang tidak jujur, bertentangan dengan kepentingan publik. Resiko ekstrim dari persaingan ini tentunya adalah kemungkinan ditempuhnya praktek-praktek curang (*unfair competition*) karena persaingan dianggap sebagai kesempatan untuk menyingkirkan pesaing dengan cara apapun¹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau disebut KPPU merupakan lembaga independen yang bertugas untuk mengawasi kegiatan usaha

¹ Galuh Puspaningrum, Hukum Persaingan Usaha; Perjanjian dan Kegiatan yang Dilarang

dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, (Yogyakarta: Aswaja Pressindo, 2013), hlm. 71.

agar tidak melakukan monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 35 huruf (f) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Komisi Pengawas Persaingan Usaha mempunyai tugas untuk menyusun suatu pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan pelaksanaan Undang-Undang tersebut.

Keberadaan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan KPPU nampaknya kurang memberi efek jera pada pelaku usaha. Fakta menunjukkan selalu terjadi perbuatan yang melanggar hukum dan menguasai suatu pasar demi keuntungan sendiri dalam suatu tender atau persaingan usaha tidak sehat. Para pelaku usaha melakukan segala cara agar dapat bersaing dan memenangkan suatu keinginan yang mengakibatkan tertutupnya pelaku usaha lain untuk bersaing secara sehat sesuai aturan yang telah berlaku. Perubahan zaman yang dimana banyaknya persaingan usaha membuat Pelaku usaha sebagai subyek ekonomi senantiasa berupaya untuk memaksimalkan keuntungan.²

Salah satu bentuk tindakan yang dapat

mengakibatkan persaingan tidak sehat adalah persekongkolan dalam tender, yang merupakan salah satu bentuk kegiatan yang dilarang. Prinsip-prinsip umum yang perlu diperhatikan dalam tender adalah transparansi, penghargaan atas uang, kompetisi yang efektif dan terbuka, negosiasi yang adil, akuntabilitas dan proses penilaian, dan non-diskriminatif. Sejalan dengan hal tersebut, Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 juga mengatur tentang larangan persekongkolan dalam tender sebagaimana digariskan pada Pasal 22 dimana Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Persekongkolan dalam tender tersebut dapat terjadi melalui kesepakatan-kesepakatan, baik tertulis maupun tidak tertulis. Persekongkolan ini mencakup jangkauan perilaku yang luas, antara lain usaha produksi dan atau distribusi, kegiatan asosiasi perdagangan, penetapan harga, dan manipulasi lelang atau kolusi dalam tender (*collusive tender*) yang dapat terjadi melalui

² Andi Fahmi Lubis, et.al. Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks, (Jakarta: KPPU,

2009), hal. 189

keepakatan antar pelaku usaha, antar pemilik pekerjaan maupun antar kedua pihak tersebut. Kolusi atau persekongkolan dalam tender ini bertujuan untuk membatasi pesaing lain yang potensial untuk berusaha dalam pasar bersangkutan dengan cara menentukan pemenang tender. Persekongkolan tersebut dapat terjadi di setiap tahapan proses tender, mulai dari perencanaan dan pembuatan persyaratan oleh pelaksana atau panitia tender, penyesuaian dokumen tender antara peserta tender, hingga pengumuman tender. Praktek persekongkolan dalam tender ini dilarang karena dapat menimbulkan persaingan tidak sehat dan bertentangan dengan tujuan dilaksanakannya tender tersebut, yaitu untuk memberikan kesempatan yang sama kepada pelaku usaha agar dapat ikut menawarkan harga dan kualitas yang bersaing. Sehingga pada akhirnya dalam pelaksanaan proses tender tersebut akan didapatkan harga yang termurah dengan kualitas yang terbaik.

Ironisnya persekongkolan tender juga terjadi dilingkungan pemerintahan, dimana semestinya beberapa dinas merupakan bagian dari pemerintah yang seharusnya sangat bersih dan sehat dalam persaingan usaha malah menjadi biang dari persekongkolan.

Namun demikian dengan terjadinya

kegiatan yang mengakibatkan persaingan tidak sehat yang terus terjadi menggambarkan Undang-Undang anti Monopoli dan KPPU tidak membuat kelompok maupun pelaku usaha tunduk dengan aturan yang ada. Hal inilah yang menjadi latar belakang penulis untuk mengangkat dan menganalisis tesis dengan judul “Analisis Hukum Pidana Persaingan Usaha Tidak Sehat Dalam Praktik Persekongkolan Tender” studi kasus putusan KPPU Nomor: 35/KPPU-I/2020 untuk melihat dan mengetahui bagaimana implementasi dari Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999.

Berkaitan dengan itu, bahwa Hukum pidana memiliki tiga obyek kajian utama, yaitu mengenai perbuatan pidana, pertanggungjawaban pidana, dan pemidanaan. Perbuatan pidana berhubungan dengan hal yang harus dilakukan atau tindakan yang dilarang, baik dalam undang-undang pidana maupun diluar pidana yang mengatur mengenai perbuatan mana yang dilarang dan perbuatan mana yang diwajibkan. Pertanggungjawaban pidana mengenai seseorang yang melakukan perbuatan pidana, dapat atau tidak dimintai pertanggungjawabannya secara hukum. Sedangkan pemidanaan berhubungan dengan sejauh mana pidana dan pemidanaan sesuai

dengan tujuan penjatuhannya dan mengenai sanksi pidana.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian dari Latar Belakang diatas tersebut maka penulis mengidentifikasi Rumusan Masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana Kedudukan Tindak Pidana Panitia Tender Dalam Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender ?
2. Apakah Putusan KPPU Pada Perkara Nomor 35/KPPU-I/2020 Sudah Sesuai Dengan Teori Kepastian Hukum?

C. Kerangka Teori

Dalam mewujudkan tujuan hukum Gustav Radbruch menyatakan perlu digunakan asas prioritas dari tiga nilai dasar yang menjadi tujuan hukum. Hal ini disebabkan karena dalam realitasnya, keadilan hukum sering berbenturan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum dan begitupun sebaliknya. Diantara tiga nilai dasar tujuan hukum tersebut, pada saat terjadi benturan, maka mesti ada yang

dikorbankan. Untuk itu, asas prioritas yang digunakan oleh Gustav Radbruch harus dilaksanakan dengan urutan sebagai berikut:

1. Keadilan Hukum;
2. Kemanfaatan Hukum;
3. Kepastian Hukum.³

Dengan urutan prioritas sebagaimana dikemukakan tersebut diatas, maka sistem hukum dapat terhindar dari konflik internal. Secara historis, pada awalnya menurut Gustav Radbruch tujuan kepastian menempati peringkat yang paling atas di antara tujuan yang lain. Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinya tersebut Jerman di bawah kekuasaan Nazi melegalisasi praktek-praktek yang tidak berperikemanusiaan selama masa Perang Dunia II dengan jalan membuat hukum yang mensahkan praktek-praktek kekejaman perang pada masa itu, Radbruch pun akhirnya meralat teorinya tersebut di atas dengan menempatkan tujuan keadilan di atas tujuan hukum yang lain.⁴

Bagi Radbruch ketiga aspek ini sifatnya relatif, bisa berubah-ubah. Satu waktu bisa menonjolkan keadilan dan mendesak kegunaan dan kepastian hukum

³ Muhammad Erwin, *Filsafat Hukum*, Raja Grafindo, Jakarta, 2012, h.123

⁴ Ahmad Zaenal Fanani, *Berpikir Falsafati Dalam*

Putusan Hakim, Artikel inipernah dimuat di Varia Peradilan No. 304 Maret 2011, h 3.

ke wilayah tepi. Diwaktu lain bisa ditonjolkan kepastian atau kemanfaatan. Hubungan yang sifatnya relatif dan berubahubah ini tidak memuaskan. Meuwissen memilih kebebasan sebagai landasan dan cita hukum. Kebebasan yang dimaksud bukan kesewenangan, karena kebebasan tidak berkaitan dengan apa yang kita inginkan. Tetapi berkenaan dengan hal menginginkan apa yang kita ingini. Dengan kebebasan kita dapat menghubungkan kepastian, keadilan, persamaan dan sebagainya ketimbang mengikuti Radbruch.⁵

D. Pembahasan

Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah persaingan antar-Pelaku Usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur, melawan hukum, atau menghambat persaingan usaha. Dalam persaingan usaha tidak sehat pada umumnya terjadi dikarenakan adanya suatu keadaan yang menguntungkan pelaku usaha dan memanfaatkan demi kepentingan serta

keuntungan pelaku usaha tertentu dan pada akhirnya merugikan pelaku usaha lainnya.⁶

Persekongkolan adalah Kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Unsur bersekongkol antara lain dapat berupa kerjasama antara dua pihak atau lebih, secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya, membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan, menciptakan persaingan semu, menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan, tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu, pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender

⁵ Sidharta Arief, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, 2007, h. 20.

⁶ <https://www.portaluniversitasquality.go.id> faktor-faktor penyebab terjadinya persaingan usaha tidak sehat diakses pada 4 oktober 2022 pukul 23.20

dengan cara melawan hukum.⁷

Persaingan usaha tidak sehat merupakan dampak dari praktek persaingan usaha. Kondisi persaingan usaha dalam beberapa hal memiliki juga aspek-aspek negatif, salah satunya apabila suatu persaingan dilakukan oleh pelaku ekonomi yang tidak jujur, bertentangan dengan kepentingan publik. Resiko ekstrim dari persaingan ini tentunya adalah kemungkinan ditempuhnya praktek-praktek curang (*unfair competition*) karena persaingan dianggap sebagai kesempatan untuk menyingkirkan pesaing dengan cara apapun.⁸

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

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

pelaku usaha.⁹

Persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur dapat diartikan sebagai segala tingkah laku yang tidak sesuai dengan itikad baik, kejujuran di dalam berusaha. Misalnya, dalam persaingan tender, para pelaku usaha telah melakukan konspirasi usaha dengan panitia lelang untuk dapat memenangkan sebuah tender. Sehingga pelaku usaha lainnya tidak mendapatkan kesempatan untuk memenangkan tender tersebut.¹⁰

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

⁷ KPPU, buku pedoman persekongkolan tender <https://www.KPPU.go.id> diakses pada 4 oktober 2022 pukul 23.26

⁸ Galuh Puspaningrum, *Hukum Persaingan Usaha*;

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

⁹ Mustafa Kamal Rokan, *op. cit.*, hlm. 17.

¹⁰ Andi Fahmi Lubis, et.al. *op.cit*, hlm.147.

peraturan yang disepakati. Kondisi ini dapat dilihat seperti pelaku usaha yang mendapatkan fasilitas khusus sehingga menjadikan pasar bersaing secara tidak kompetitif.¹¹

Tindak pidana merupakan pengertian dasar dalam hukum pidana. Tindak pidana merupakan suatu pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah perbuatan jahat atau kejahatan. Secara yuridis formal, tindak kejahatan merupakan bentuk tingkah laku yang melanggar undang-undang pidana. Oleh sebab itu setiap perbuatan yang dilarang oleh undang-undang harus dihindari dan barang siapa melanggarnya maka akan dikenakan pidana. Jadi larangan-larangan dan kewajiban-kewajiban tertentu yang harus ditaati oleh setiap warga Negara wajib dicantumkan dalam undang-undang maupun peraturan-peraturan pemerintah, baik di tingkat pusat maupun daerah.¹²

Pada prinsipnya seseorang hanya dapat dibebani tanggungjawab pidana bukan hanya karena ia telah melakukan suatu perilaku lahiriah (outward conduct) yang harus dapat dibuktikan oleh seorang

penuntut umum. Dalam ilmu hukum pidana, perbuatan lahiriah itu dikenal sebagai actus reus, Dengan kata lain, actus reus adalah elemen luar (eksternal element).¹³

Pertanggungjawaban pidana mengandung asas kesalahan (asas culpabilitas), yang didasarkan pada keseimbangan monodualistik bahwa asas kesalahan yang didasarkan pada nilai keadilan harus disejajarkan berpasangan dengan asas legalitas yang didasarkan pada nilai kepastian. Walaupun Konsep berprinsip bahwa pertanggungjawaban pidana berdasarkan kesalahan, namun dalam beberapa hal tidak menutup kemungkinan adanya pertanggungjawaban pengganti (vicarious liability) dan pertanggungjawaban yang ketat (strict liability). Masalah kesesatan (error) baik kesesatan mengenai keadaannya (error facti) maupun kesesatan mengenai hukumnya sesuai dengan konsep alasan pemaaf sehingga pelaku tidak dipidana kecuali kesesatannya itu patut dipersalahkan.¹⁴

¹¹ Elya Ras Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.,

¹² P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana*

Indonesia, (Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 7.

¹³ Sutan Remy Sjahdeini, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, (Jakarta : Grafiti Pers, 2007), hlm. 34

¹⁴ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum*

Indikasi-indikasi dan dampak Persengkongkolan dalam Tender

Tender yang berpotensi menciptakan persaingan usaha tidak sehat atau menghambat persaingan usaha adalah:¹⁵

- 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.
- 2) Tender yang bersifat diskriminatif dan tidak dapat diikuti oleh semua pelaku usaha dengan kompetensi yang sama.
- 3) Tender dengan persyaratan dan spesifikasi teknis atau merek yang mengarah kepada pelaku usaha tertentu sehingga menghambat pelaku usaha lain untuk ikut. Indikasi bentuk-bentuk persekongkolan tender dapat berupa:¹⁶
 - a. Pengelembungan anggaran (*mark up*)
 - b. Pengadaan/tender barang/jasa yang diarahkan
 - c. Penentuan jadwal yang tidak realistis
 - d. Pembentukan panitia yang tidak transparan
 - e. Keberpihakan panitia pada salah satu peserta tender
 - f. Dokumen administrasi yang tidak memenuhi syarat/kadang asli atau palsu
 - g. Spesifikasi yang diarahkan sesuai keinginan salah satu peserta tender,

dan lain-lain. Untuk mengetahui telah terjadi atau tidaknya suatu persekongkolan dalam tender, ada beberapa indikasi persekongkolan yang sering dijumpai pada pelaksanaan tender. Hal-hal berikut ini merupakan indikasi persekongkolan, sedangkan bentuk dan perilaku persekongkolan maupun ada tidaknya persekongkolan tersebut harus dibuktikan melalui pemeriksaan oleh Tim Pemeriksa atau Majelis KPPU.

- 1) Indikasi persekongkolan pada saat perencanaan, meliputi:¹⁷
 - a) Pemilihan metode pengadaan yang menghindari pelaksanaan tender/lelang secara terbuka
 - b) Pencantuman spesifikasi teknik, jumlah, mutu, dan/atau waktu penyerahan barang yang akan ditawarkan atau dijual atau dilelang yang hanya dapat disuplai oleh satu pelaku usaha.
 - c) Tender/atau lelang dibuat dalam paket yang hanya satu atau dua peserta tertentu yang dapat mengikuti atau melaksanakannya.
 - d) Ada keterkaitan antara sumber pendanaan dan asal barang/jasa.
 - e) Nilai uang jaminan lelang diterapkan jauh lebih tinggi daripada nilai dasar lelang

dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan, (Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 23.

¹⁵ *Ibid*, hal. 12

¹⁶ Suhasril dan Mohammad Taufik Makar, *op.cit*, hal 67.

¹⁷ Pedoman KPPU Pasal 22, *op.cit*, hal 9.

- f) Penetapan tempat dan waktu lelang yang sulit dicapai dan diikuti.
- 2) Indikasi persekongkolan pada saat pembentukan panitia, meliputi:¹⁸
- Panitia yang dipilih tidak memiliki kualifikasi yang dibutuhkan sehingga mudah dipengaruhi.
 - Panitia terafiliasi dengan pelaku usaha tertentu.
 - Susunan dan kinerja panitia tidak diumumkan atau cenderung ditutup-tutupi.
- 3) Indikasi persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan atau pralelang, meliputi:¹⁹
- Persyaratan untuk mengikuti prakualifikasi membatasi dan/atau mengarah kepada pelaku usaha tertentu.
 - Adanya kesepakatan dengan pelaku usaha tertentu mengenai spesifikasi, merek, jumlah, tempat, dan/atau waktu penyebaran barang dan jasa yang akan ditender atau dilelang.
 - Adanya kesepakatan mengenai cara, tempat, dan/atau waktu pengumuman tender/lelang.
 - Adanya pelaku usaha yang diloloskan dalam prakualifikasi walaupun tidak atau kurang memenuhi persyaratan yang telah ditetapkan.
- e) Panitia memberikan perlakuan khusus/istimewa kepada pelaku usaha tertentu.
- f) Adanya persyaratan tambahan yang dibuat setelah prakualifikasi dan tidak diberitahukan kepada semua peserta.
- g) Adanya pemegang saham yang sama diantara peserta atau panitia atau pemberi pekerjaan maupun pihak lain yang terkait langsung dengan tender.
- 4) Indikasi persekongkolan pada saat pembuatan persyaratan untuk mengikuti tender/lelang maupun pada saat penyusunan dokumen tender/lelang, meliputi:²⁰
- Adanya persyaratan tender/lelang yang mengarah kepada pelaku usaha tertentu terkait dengan sertifikasi barang, mutu, kapasitas, dan waktu penyerahan yang harus dipenuhi.
- 5) Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman tender/lelang, meliputi:²¹
- Jangka waktu pengumuman tender/lelang yang sangat terbatas.
 - Informasi dalam pengumuman tender/lelang dengan sengaja dibuat tidak lengkap dan tidak memadai. Sementara, informasi yang lebih lengkap diberikan hanya kepada pelaku usaha tertentu.
 - Pengumuman tender/lelang dilakukan melalui media dengan jangkauan yang sangat terbatas,

¹⁸ *Ibid.*¹⁹ *Ibid.*²⁰ *Ibid*, hal. 10²¹ *Ibid.*

- misalnya pada surat kabar yang tidak dikenal ataupun pada papan pengumuman yang jarang dilihat publik atau pada surat kabar dengan jumlah eksemplar yang tidak menjangkau sebagian besar target yang diinginkan .
- d) Pengumuman tender/lelang pada surat kabar dengan ukuran iklan yang sangat kecil atau pada bagian lay-out surat kabar yang seringkali dilewatkan oleh pembaca yang menjadi target tender/lelang.
- 6) Indikasi persekongkolan pada saat pengambilan dokumen tender/lelang, meliputi:²²
- a) Dokumen tender/lelang yang diberikan tidak sama bagi seluruh calon peserta tender/lelang.
 - b) Waktu pengambilan dokumen tender/lelang yang diberikan sangat terbatas.
 - c) Alamat atau tempat pengambilan dokumen tender/lelang sulit ditemukan oleh calon peserta tender/lelang.
 - d) Panitia memindahkan tempat pengambilan tender/lelang secara tiba-tiba menjelang penutupan waktu pengambilan dan perubahan tersebut tidak diumumkan secara terbuka.
- 7) Indikasi persekongkolan pada saat penentuan harga perkiraan sendiri atau harga dasar lelang, meliputi:²³
- a) Adanya dua atau lebih harga perkiraan sendiri atau harga dasar atas satu produk atau jasa yang ditender/dilelangkan.
 - b) Harga perkiraan sendiri atau harga dasar hanya diberikan kepada pelaku usaha tertentu.
 - c) Harga perkiraan sendiri atau harga dasar ditentukan berdasarkan pertimbangan yang tidak jelas dan tidak wajar.
- 8) Indikasi persekongkolan pada saat penjelasan tender atau *open house* lelang, meliputi:²⁴
- a) Informasi atas barang/jasa yang ditender atau dilelang tidak jelas dan cenderung ditutupi.
 - b) Penjelasan tender/lelang dapat diterima oleh pelaku usaha yang terbatas sementara sebagian besar calon peserta lainnya tidak dapat menyetujuinya.
 - c) Panitia bekerja secara tertutup dan tidak memberi layanan atau informasi yang seharusnya diberikan secara terbuka.
 - d) Salah satu calon peserta tender/lelang melakukan pertemuan tertutup dengan panitia.
- 9) Indikasi persekongkolan pada saat penyerahan dan pembukaan dokumen atau kotak penawaran tender/lelang, meliputi:²⁵
- a) Adanya dokumen penawaran yang diterima setelah batas waktu.
 - b) Adanya dokumen yang dimasukkan dalam satu amplop bersama-sama dengan penawaran peserta tender/lelang yang lain.

²² *Ibid*²³ *Ibid*²⁴ *Ibid*²⁵ *Ibid* hal. 11

- c) Adanya penawaran yang diterima oleh panitia dari pelaku usaha yang tidak mengikuti atau tidak lolos dalam proses kualifikasi atau proses administrasi.
 - d) Terdapat penyesuaian harga penawaran pada saat-saat akhir sebelum memasukkan penawaran.
 - e) Adanya pemindahan lokasi/tempat penyerahan dokumen penawaran secara tiba-tiba tanpa pengumuman secara terbuka.
- 10) Indikasi persekongkolan pada saat evaluasi dan penetapan pemenang tender/lelang, meliputi:²⁶
- a) Jumlah peserta tender/lelang yang lebih sedikit dari jumlah peserta tender/lelang dalam tender/lelang sebelumnya.
 - b) Harga yang dimenangkan jauh lebih tinggi atau lebih rendah dari harga tender/lelang sebelumnya oleh perusahaan atau pelaku usaha yang sama.
 - c) Para peserta tender/lelang memasukkan harga penawaran yang hampir sama.
 - d) Peserta tender.lelang yang sama, dalam tender/lelang yang berbeda mengajukan harga yang berbeda untuk barang yang sama, tanpa alasan yang logis untuk menjelaskan perbedaan tersebut.
 - e) Panitia cenderung untuk memberi keistimewaan pada peserta tender/lelang tertentu.
- f) Adanya beberapa dokumen penawaran tender/lelang yang mirip.
 - g) Adanya dokumen penawaran yang ditukar atau dimodifikasi oleh panitia.
 - h) Proses evaluasi dilakukan ditempat yang terpencil dan tersembunyi.
 - i) Perilaku dan penawaran para peserta tender/lelang dalam memasukkan penawaran mengikuti pola yang sama dengan beberapa tender/lelang sebelumnya.
- 11) Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang, meliputi:²⁷
- a) Pengumuman diumumkan secara terbatas sehingga pengumuman tersebut tidak diketahui secara optimal oleh pelaku usaha yang memenuhi persyaratan, misalnya diumumkan melalui faksimili dengan nama pengirim yang kurang jelas.
 - b) Tanggal pengumuman tender/lelang ditunda dengan alasan yang tidak jelas.
 - c) Peserta tender/lelang memenangkan tender/lelang cenderung berdasarkan giliran yang tetap.
 - d) Ada peserta tender/lelang yang memenangkan tender/lelang secara terus menerus di wilayah tertentu.
 - e) Ada selisih harga yang besar antara harga yang diajukan pemenang tender/lelang dengan harga penawaran peserta lainnya, dengan alasan yang tidak dapat dijelaskan.

²⁶ *Ibid*

²⁷ *Ibid*

- 12) Indikasi persekongkolan pada saat pengajuan sanggahan, meliputi:²⁸
- a) Panitia tidak menanggapi sanggahan peserta tender/lelang.
 - b) Panitia cenderung menutup-nutupi proses dan hasil evaluasi.
- 13) Indikasi persekongkolan pada saat penunjukkan pemenang tender/lelang dan penandatanganan kontrak, meliputi:²⁹
- a) Surat penunjukkan pemenang tender/lelang telah dikeluarkan sebelum proses sanggahan diselesaikan.
 - b) Penerbitan surat penunjukkan pemenang tender/lelang mengalami penundaan tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.
 - c) Surat penunjukkan pemenang tender/lelang tidak lengkap.
 - d) Konsep kontrak dibuat dengan menghilangkan hal-hal yang penting yang seharusnya menjadi bagian yang tidak terpisahkan dalam kontrak.
 - e) Penandatanganan kontrak mengalami penundaan tanpa alasan yang tidak dapat dijelaskan.
- 14) Indikasi persekongkolan pada saat pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan, meliputi:
- a) Pemenang tender/lelang mensubkontrakkan pekerjaan kepada perusahaan lain atau peserta tender/lelang yang kalah dalam tender.lelang tersebut.
 - b) Volume atau nilai proyek yang diserahkan tidak sesuai dengan ketentuan awal, tanpa alasan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan.

- c) Hasil pengerjaan tidak sesuai atau lebih rendah dibandingkan dengan ketentuan yang diatur dalam spesifikasi teknis, tanpa alasan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan.

Berdasarkan Putusan KPPU dengan perkara nomor 35/KPPU-I/2020 tentang persekongkolan tender maka penulis berpendapat bahwa putusan tersebut sudah sesuai dengan Pasal 22 Undang-Undang no 5 tahun 1996 dimana dalam perkara ini Majelis Komisi telah mempertimbangkan unsur-unsur yaitu :

1. Unsur Pelaku Usaha

pelaku usaha yang dimaksud dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah pelaku usaha yang bersekongkol dengan pelaku usaha lain dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Dalam hal ini yang dimaksud dengan pelaku usaha dalam tender Paket 3 adalah PT Metro Lestari

²⁸ *Ibid* hal 12.

²⁹ *Ibid*

Utama dimana menjadi Terlapor 1 dan pelaku usaha dalam tender Paket 4 adalah PT adalah PT Eka Praya Jaya dimana dalam putusan ini menjadi Terlapor II. Hal ini menunjukkan telah terpenuhi kriteria pelaku usaha dengan demikian unsur Pelaku Usaha terpenuhi.

2. Unsur Pelaku Usaha Lain dan/atau Pihak yang terkait dengan Pelaku Usaha Lain Bahwa yang dimaksud dengan pelaku usaha lain dalam tender Paket 3 adalah Terlapor II dan yang dimaksud dengan pelaku usaha lain dalam tender Paket 4 adalah Terlapor I k e m u d i a n pihak lain yang terkait dengan pelaku usaha lain dalam Putusan KPPU adalah Terlapor III dimana selaku Kelompok Kerja (Pokja) Tim 51 adalah pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain yaitu Terlapor I dan Terlapor II selaku peserta tender. dengan demikian Unsur Pelaku Usaha Lain dan/atau Pihak Lain yang terkait dengan Pelaku Usaha Lain terpenuhi.
3. Unsur Bersekongkol untuk Mengatur atau Menentukan

Pemenang Tender bersekongkol menurut Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu dalam hal ini Majelis Komisi menilai telah terjadi persekongkolan horizontal yang dilakukan oleh Terlapor I dan Terlapor II. Selanjutnya Majelis Komisi menilai telah terjadi persekongkolan vertikal yang dilakukan oleh Terlapor I dan Terlapor II dengan Terlapor III dan Majelis Komisi juga menilai telah terjadi gabungan persekongkolan horizontal dan persekongkolan vertikal antara Terlapor I dan Terlapor II selaku pelaku usaha dengan Terlapor III selaku Panitia Tender dimana pada intinya Bahwa Majelis Komisi menilai gabungan persekongkolan horizontal dan persekongkolan vertikal yang dilakukan oleh Terlapor I dan Terlapor II dengan Terlapor III dimana merupakan

serangkaian tindakan yang dilakukan dengan berbagai cara untuk mengatur dan/atau menentukan Terlapor I sebagai pemenang tender pada Paket 3 dan Terlapor II sebagai pemenang tender pada Paket 4. dengan demikian unsur bersekongkol untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender terpenuhi.

4. Unsur Dapat Mengakibatkan Terjadinya Persaingan Usaha Tidak Sehat. Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, *“Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha”*

Berdasarkan alat bukti yang diperoleh dalam proses persidangan, Majelis Komisi menilai tindakan tersebut mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat

sebagai berikut :

- a. Tindakan Terlapor I dan Terlapor II yang melakukan kerja sama dalam penyusunan dokumen penawaran baik pada Paket 3 dan Paket 4 secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen peserta tender lainnya dan membandingkan penyesuaian dokumen tender sebelum penyerahan membuktikan keikutsertaan Terlapor I dan Terlapor II dalam tender dilakukan dengan cara tidak jujur
- b. Tindakan persekongkolan horizontal dan persekongkolan vertikal yang dilakukan Terlapor I, Terlapor II, dan Terlapor III merupakan perbuatan melawan hukum yang melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Perpres Nomor 54 Tahun 2010 dan perubahannya. Tindakan persaingan semu

yang dilakukan oleh Terlapor I dan Terlapor II serta tindakan Terlapor III yang membiarkan persekongkolan Terlapor I dan Terlapor II merupakan tindakan yang anti persaingan usaha yang sehat. dengan demikian unsur mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat terpenuhi. Dengan penjelasan di atas maka dengan jelas dan meyakinkan bahwa telah terjadi persekongkolan tender karena unsur-unsur dari persekongkolan tersebut telah terpenuhi.

Adapun jika dikaitkan dengan teori kemanfaatan hukum maka putusan tersebut telah memenuhi tiga bagian dari teori kemanfaatan hukum yaitu keadilan hukum, kemanfaatan hukum dan kepastian hukum kecuali putusan untuk pihak lain yaitu Terlapor III dalam hal ini selaku panitia tender yaitu Kelompok Kerja Konstruksi Tim 51 (Pokja 51) ULP Provinsi Nusa Tenggara Barat, Biro Administrasi

Pembangunan dan Layanan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah,. Dimana Majelis Komisi dalam memberi rekomendasi putusan yang isinya adalah :

“Kepada Gubernur Provinsi Nusa Tenggara Barat selaku Pejabat Pembina Kepegawaian di daerah untuk memberikan pembinaan kepada Terlapor III terutama dalam proses pengadaan barang dan jasa, dengan melakukan sosialisasi dan memberikan bimbingan teknis secara intensif kepada seluruh pejabat perencana, pelaksana, dan pengawas di lingkungan instansi terkait sehingga pelelangan berikutnya dapat dilaksanakan dengan memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat sesuai dengan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan Peraturan Perundang-undangan yang mengatur tentang Pengadaan Barang dan/atau Jasa Pemerintah”

Menurut penulis, KPPU sebagai Lembaga yang diamankan negara dimana putusannya memiliki kekuatan hukum yang sah dan meyakinkan seharusnya dapat memberi sanksi kepada panitia tender. KPPU pada kenyataannya tidak memiliki wewenang untuk memutuskan sanksi terhadap pegawai pemerintah dengan fakta bahwa tidak ada aturan yang mengatur hal ini. Namun panitia tender merupakan satu kesatuan yang tidak bisa terpisahkan dengan pelaku usaha dalam hal persekongkolan tender. Hal ini dapat di buktikan dengan putusan KPPU bahwa panitia menggelapkan mata terhadap Fakta atau temuan yang telah didapatkan oleh KPPU. Dimana hal tersebut sudah jelas menggugurkan peserta tender. Meskipun dalam pengadaan tender telah melalui Layanan Pengadaan Secara Elektronik yang disingkat LPSE namun masi ada jalan untuk persekongkolan vertikal dimana Hal ini dapat terjadi karena adanya celah untuk panitia dan pelaku usaha untuk bertemu dalam tahap verifikasi dokumen. Seharusnya hukuman untuk panitia tender dapat diputuskan oleh KPPU agar tidak

terjadi tumpang tindih dalam tujuan kepastian , keadilan dan kemanfaatan hukum. Dan dimana bentuk nyata dari kepastian hukum adalah pelaksanaan atau penegakan hukum terhadap suatu tindakan tanpa memandang siapa yang melakukan.

Dalam proses pencarian penulis pun tidak menemukan putusan atau sanksi kepada panitia tender yang telah sah dinyatakan bersalah oleh KPPU. Hal ini menunjukkan bahwa terasa teori tidak kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologis. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi-tafsir) dan logis dalam artian menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma.

Menurut penulis tindakan panitia tender secara bersama-sama dengan Pelaku usaha dalam terjadinya persaingan tidak sehat dalam

pelaksanaan tender pengadaan barang atau jasa, maka sebaiknya secara hukum eksistensi Panitia Tender dijadikan sebagai para pihak yang dapat dijatuhkan hukuman oleh KPPU, sehingga dapat dimintakan pertanggungjawaban secara hukum karena selama ini Panitia Tender yang juga sebagai Pegawai Negeri Sipil selalui terlepas atau berlindung pada Pelaku usaha baik dalam melakukan upaya hukum maupun dalam hal memikul kerugian materil yang terjadi.

E. Kesimpulan

1. Kedudukan panitia tender yang terlibat kasus persekongkolan tidak bisa dilaksanakan penegakan hukumnya oleh KPPU. Karena dalam hal ini KPPU tidak mempunyai tugas dan wewenang untuk memeriksa panitia tender. KPPU hanya mempunyai tugas dan wewenang untuk memeriksa para pelaku usaha dan memberi rekomendasi kepada pejabat Pembina kepegawaian jika panitia terbukti secara meyakinkan melakukan persekongkolan tender.
2. Berdasarkan Putusan KPPU dengan

perkara nomor 35/KPPU-I/2020 tentang persekongkolan tender maka penulis berpendapat bahwa putusan tersebut sudah sesuai dengan Pasal 22 Undang-Undang no 5 tahun 1996 dimana dalam perkara tersebut Majelis Komisi meyakinkan telah terpenuhinya unsur-unsur persekongkolan tender yaitu Unsur Pelaku Usaha, Unsur Pelaku Usaha Lain dan/atau Pihak yang terkait dengan Pelaku Usaha Lain, Unsur Bersekongkol untuk Mengatur atau Menentukan Pemenang Tender, Unsur Dapat Mengakibatkan Terjadinya Persaingan Usaha Tidak Sehat. Adapun jika dikaitkan dengan teori tujuan hukum maka putusan tersebut telah memenuhi tiga bagian dari teori kemanfaatan hukum yaitu keadilan hukum, kemanfaatan hukum dan kepastian hukum kecuali putusan untuk pihak lain yaitu Terlapor III dalam hal ini selaku panitia tender yaitu Kelompok Kerja Konstruksi Tim 51 (Pokja 51) ULP Provinsi Nusa Tenggara Barat, Biro Administrasi Pembangunan dan Layanan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah,. Dimana Majelis Komisi

dalam memberi hanya memberi rekomendasi putusan.

KPPU , buku pedoman persekongkolan tender <https://www.KPPU.go.id> diakses pada 4 oktober 2022

F. Daftar Pustaka

Ahmad Zaenal Fanani, *Berpikir Falsafati Dalam Putusan Hakim*, Artikel ini pernah dimuat di Varia Peradilan No. 304 Maret 2011, h 3.

Andi Fahmi Lubis, et.al. Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks, (Jakarta: KPPU, 2009), hal. 189

Barda Nawawi Arief, Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan, (Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 23.

Elya Ras Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan Undang- Undang Nomor 5 Tahun 1999*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.,

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

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

<https://www.portaluniversitasquality.go.id> faktor-faktor penyebab terjadinya persaingan usaha tidak sehat diakses pada 4 oktober 2022 pukul 23.20

Muhammad Erwin, *Filsafat Hukum*, Raja Grafindo, Jakarta, 2012, h.123

P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 7.

Pedoman KPPU Pasal 22, *op.cit*, hal 9

Sidharta Arief, Meuwissen *Tentang Pengembanan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, 2007, h. 20.

Suhasril dan Mohammad Taufik Makar, *op.cit*, hal 67

Sutan Remy Sjahdeini, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, (Jakarta : Grafiti Pers, 2007), hlm. 34