

HUKUM PERDAGANGAN

YAKUB ADI KRISANTO*

TEROBOSAN HUKUM PUTUSAN KPPU DALAM MENGEMBANGKAN PENAFSIRAN HUKUM PERSEKONGKOLAN TENDER

(ANALISIS PUTUSAN KPPU TERHADAP PASAL 22 UU NO. 5/1999 PASCA TAHUN 2006)

Cases of conspiracy in a tender at local level are flourishing every where interconnected to the implementation of decentralization Act that given local government autonomy right to manage incomes and expenses itself. Modus of conspiracy in a tender may depict as bidder team covers and limits information about the bid, bidder team raffles a winner amongst bidding participants and gives such money for competitor as commission fee, and division of jobs share together between bidder team and participants.

Whilst in a central level tender deviation has vaporizing around 40 percent of state account balance. The fact shown that procurement of goods and services have been colouring by unfair business conduct. Business actor tends to achieve big profit disregard to fair and antimonopoly competition. Tender deviation is antimonopoly conduct which stated in section 22 of Antimonopoly Act. There is a need to elaboration of section 22 prepared by Business Competition Supervisory Commission (KPPU).

Di tingkat lokal kasus persekongkolan tender merupakan kasus yang marak terjadi seiring diberlakukannya undang-undang otonomi daerah yang memberikan kewenangan pemerintah daerah provinsi dan kabupaten/kotamadya mengelola pendapatan daerah masing-masing. Modus persekongkolan tender antara lain, panitia tender sering menutup-nutupi dan membatasi informasi mengenai tender, pelaksana tender menggilir pemenang melalui arisan, dengan pesaing mendapat bagian komisi, pembagian pekerjaan dilakukan bersama antara panitia dan peserta tender.

Sementara itu di tingkat pusat penyimpangan tender telah menyebabkan kurang lebih 40 persen anggaran pendapatan dan belanja negara menguap. Fakta tersebut menunjukkan bahwa pengadaan barang dan jasa diwarnai perilaku usaha yang tidak sehat. Para pelaku usaha cenderung ingin mendapatkan keuntungan sebesar-besarnya tanpa mengindahkan aturan persaingan usaha yang sehat dan fair. Penyimpangan tender merupakan tindakan anti persaingan yang diatur dalam pasal 22 UU Antimonopoli. Diperlukan petunjuk pelaksanaan yang lebih detil tentang pasal 22 ini oleh KPPU.

Pendahuluan

Tetap dominannya putusan KPPU atas pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (selanjutnya disebut UU No. 5/1999) mendorong untuk tetap mengamati perkembangan penafsiran hukum persekongkolan tender. Dominasi tampak apabila melakukan pemilahan atas dasar periodisasi jabatan komisioner KPPU, yaitu periode 2000 – 2005 dan periode 2005 – 2010. Berdasarkan penelitian yang dilakukan dapat dikemukakan bahwa;

Dalam kurun waktu enam tahun KPPU telah menghasilkan 45 putusan KPPU. Sebagian kasus yang diputuskan berkaitan dengan pelanggaran Pasal 22 UU No.5/1999 tentang persekongkolan tender.

Dari 45 putusan KPPU tersebut terdapat 24 putusan dimana KPPU memberikan penilaian terhadap ada tidaknya pelanggaran Pasal 22 UU No.5/1999 dalam proses tender atau pengadaan barang/jasa. Kinerja KPPU dengan menggunakan indikator putusan-putusan yang dihasilkan menunjukkan peningkatan. Dari tahun 2002 ke 2003 dan 2004, jumlah putusan KPPU jumlahnya meningkat dari 4 putusan menjadi 7 putusan. Jumlah putusan KPPU terbesar terjadi pada tahun 2005 sebanyak 18 putusan. Peningkatan jumlah putusan dari tahun ke tahun tidak mengubah dominasi pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999. Setiap tahun, KPPU selalu memutus minimal 2-3 kasus tentang pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999. Pada tahun 2005 bahkan terdapat 13 putusan tentang persekongkolan tender dari 18 putusan yang

dihasilkan KPPU.¹

Berdasarkan fakta di atas kaji putusan KPPU tentang persekongkolan tender pasca tahun 2006 atau putusan KPPU tahun 2007. Pasca tahun 2006 bangunan konsep persekongkolan tender dari Pasal 22 UU No. 5/1999 sudah mapan, khususnya setelah adanya *landmark decision* yang mempengaruhi perkembangan konsep persekongkolan tender. *Landmark decision* tersebut adalah Putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002 tentang Tender Penjualan Saham PT. Indomobil Sukses Internasional. Dalam putusan tersebut KPPU melahirkan definisi persekongkolan tender yang menjadi 'patokan' (*benchmark*) bagi analisis kasus-kasus tender yang diperiksa oleh KPPU.²

Pada perkembangan awal penegakan hukum UU No. 5/1999 khususnya dalam putusan KPPU tentang persekongkolan tender ditemukan kecenderungan bahwa KPPU masih mencoba membangun konsep persekongkolan tender.³ Persekongkolan tender yang diatur dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 bersifat abstrak dan umum, artinya ketentuan mengenai persekongkolan tender belum mampu memberikan petunjuk hukum yang operasional ketika akan digunakan untuk menganalisis sebuah kasus (persekongkolan) tender. Penilaian atas keabstrakan dan keumuman Pasal 22 UU No. 5/1999 didasarkan pada minimnya definisi atas unsur-unsur persekongkolan tender dalam hal elaborasi konsep persekongkolan tender dan mengatur dan/atau menentukan pemenang tender.

UU No. 5/1999 hanya memberikan definisi persekongkolan, bukan persekongkolan tender dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999.⁴ Definisi persekongkolan dapat dipahami berbeda bukan dimaksudkan secara khusus sebagai penjelasan persekongkolan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, yaitu persekongkolan atau konspirasi usaha bertujuan untuk menguasai pasar bukan untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender. Meskipun definisi persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 Pasal 22 UU No. 5/1999 dapat digunakan dalam mengkaji kasus tender yang diduga melanggar UU No. 5/1999, namun belum mampu menjelaskan secara komprehensif dari persekongkolan yang terjadi pada pelaksanaan tender.

Selain membangun konsep (hukum) persekongkolan tender, KPPU juga membangun konsep (hukum) mengatur dan/atau menentukan pemenang tender (MMPT). Di dalam UU No. 5/1999 tidak

terdapat definisi mengenai unsur MMPT, padahal unsur tersebut menjadi tujuan dari tindakan bersengkongkol dalam suatu pemenuhan rangkaian tindakan pada pelaksanaan tender. Pada putusan-putusan KPPU sebelum tahun 2006, MMPT didefinisikan suatu proses interaksi sesama peserta tender untuk menentukan pemenang tender di antara mereka.⁵ Selanjutnya definisi unsur MMPT tersebut mengalami perkembangan dan selanjutnya diformulasi oleh KPPU dalam sebuah pedoman pasal.

Perlu mengkaji putusan-putusan KPPU khususnya putusan pasca tahun 2006 untuk menemukan 'terobosan hukum' (*legal breakthrough*) dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Harapan tersebut bertolak dari fakta hukum bahwa KPPU antara tahun 2000 – 2006 berupaya membangun konsep persekongkolan tender karena minimnya penjelasan normatif atas Pasal 22 UU No. 5/1999. Dengan demikian pasca tahun 2006 ditemukan aspek-aspek hukum baru dari penilaian KPPU atas pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 yang meniscayakan terjadinya pemerikayaan konsep hukum persekongkolan tender di Indonesia. Pemerikayaan konsep hukum persekongkolan tender secara normatif-operasional dapat berguna untuk membahani pemerintah Indonesia dalam menghasilkan peraturan perundang-undangan tentang tender atau pengadaan barang/jasa (pemerintah).

Untuk menemukan konsep hukum 'baru' persekongkolan tender dalam putusan KPPU tulisan ini menggunakan putusan KPPU tentang persekongkolan tender yang diputuskan pada tahun 2007-2008 yaitu antara lain (lihat tabel 1).

Dalam kurun waktu 2007-2008, KPPU telah menghasilkan keputusan sebanyak 19 putusan KPPU. Dari 19 putusan KPPU dalam kurun waktu didominasi kasus-kasus persekongkolan tender yaitu sebesar 13 putusan, Dengan demikian dengan mene-mukan aspek-aspek hukum 'baru' persekongkolan tender dapat memperkaya khasanah hukum persaingan usaha persekongkolan tender. Persekongkolan tender yang diperiksa dan/atau diputuskan KPPU berkaitan dengan pelaksanaan tender atau pengadaan barang/jasa pemerintah. Dengan fakta tersebut dapat dikemukakan bahwa pelaksanaan tender pemerintah sangat rawan terjadinya persekongkolan tender dan potensi menimbulkan kerugian negara. Namun demikian KPPU belum cukup mempertautkan pelaksanaan tender dengan peraturan perundang-undangan

Tabel 1
Putusan KPPU Tahun 2007-2008

TAHUN 2007	Putusan Perkara No : 02/KPPU-L/2007 Tender Pengadaan Peralatan Gizi Tahun 2006 di RSUD A. Wahab Sjahranie
	Putusan Perkara No : 03/KPPU-L/2007 tentang dugaan Pelanggaran dalam tender Pembangunan Gedung Kantor Pengadilan Negeri di Padangsidimpuan, Sumatera Utara
	Putusan Perkara No : 04/KPPU-L/2007 Tender LCD
	Putusan Perkara No : 05/KPPU-L/2007 tentang dugaan Pelanggaran tender Pekerjaan Pengerukan Alur Pelayaran Pelabuhan Belawan
	Putusan Perkara No : 06/KPPU-L/2007 Tender Pengadaan Alat Pembasmi/Penyemprot Nyamuk (mesin Fogging) di DKI Jakarta
	Putusan Perkara No : 07/KPPU-L/2007 tentang dugaan Pelanggaran oleh Kelompok Usaha Temasek
	Putusan Perkara No : 08/KPPU-L/2007 Tender Pengadaan Peralatan di Dinas Pertamanan dan Pemakaman Kota Bengkulu
	TAHUN 2008
	Putusan Perkara No : 11/KPPU-L/2007 RSUD Soppeng
	Putusan Perkara No : 12/KPPU-L/2007 Pengadaan Alat Kesehatan Penunjang Puskesmas Dinas Kesehatan Kabupaten Sukabumi
	Putusan Perkara No : 13/KPPU-L/2007 Bibit Kelapa Sawit
	Putusan Perkara No : 14/KPPU-L/2007 Tender Multiyears Riau
	Putusan Perkara No : 15/KPPU-L/2007 Lelang Pembangunan Mall di Kota Prabumulih
	Putusan Perkara No : 16/KPPU-L/2007 Tender Pengadaan Pupuk PMLT (Pupuk Majemuk Lengkap Tablet)
	Putusan Perkara No : 17/KPPU-L/2007 PT Asuransi Jiwa Manulife Indonesia
	Putusan Perkara No : 18/KPPU-L/2007 Tender Paket Pengadaan TV Pendidikan Propinsi Sumatera Utara
	Putusan Perkara No : 19/KPPU-L/2007 EMI

yang menjadi dasar hukum pelaksanaan tender yaitu Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

KPPU dalam memeriksa dan/atau mengambil putusan cenderung menggunakan perspektif persaingan usaha *per se* tanpa keinginan untuk melihat pertautan dengan peraturan perundang-undangan lainnya. Dapat dipahami bahwa KPPU mungkin bermaksud konsisten dalam melakukan penilaian pelanggaran ketentuan UU No. 5/1999 dan sekaligus dapat memberikan kontribusi bagi pengembangan aspek-aspek hukum yang berkaitan dengan peng-adaan barang/jasa pemerintah yang diatur dalam Keppres No. 80/2003. Kontribusi persaingan usaha bagi (mekanisme) pengadaan barang/jasa menjadi *focal point* untuk mendorong pelaksanaan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat. Upaya mendorong tersebut menjadi bentuk 'proliferasi anti virus' persekongkolan yang sering atau mudah terjadi dalam pengadaan barang/jasa pemerintah.

Sebelum mengkaji putusan-putusan KPPU pasca tahun 2006 pada bagian pertama tulisan ini direview perkembangan penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999

bahwa konsep persekongkolan tender tersebut sudah *out of date* atau *old fashion*. Dengan demikian disinyalir tidak mampu lagi mengikuti perkembangan dunia pertenderan atau *modus operandi* persekongkolan tender yang di Indonesia.

Bangunan Konsep Persekongkolan Tender

Konsep (hukum) persekongkolan tender (*bid rigging*) kemunculannya didasarkan pada ketentuan yang terdapat dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, "pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender Dengan demikian dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat". Istilah 'persekongkolan tender' menjadi frasa (hukum) dari Pasal 22 UU No. 5/1999 yang sekaligus dimaksudkan untuk mengklasifikasi ketentuan yang terdapat di dalamnya sebagai bagian dari Bagian Keempat UU No. 5/1999 tentang Persekongkolan. Selanjutnya dominasi putusan-putusan KPPU tentang persekongkolan tender membantu perkembangan bangunan konsep (hukum) persekongkolan tender

untuk melihat bangunan konsep persekongkolan tender. Di-harapkan dengan *review* tersebut tidak terjadi pengulangan kajian terhadap Pasal 22 UU No. 5/1999, tetapi ditemukan aspek-aspek hukum 'baru' ketika mengkaji putusan KPPU tentang persekongkolan tender. Namun demikian tetap dimungkinkan dilakukan pendalaman kajian terhadap bangunan konsep persekongkolan tender (lama) apabila dirasa

di ranah hukum persaingan usaha Indonesia.

Perkembangan konsep (hukum) persekongkolan tender memiliki kemiripan dan perbedaan dengan Amerika Serikat (*bid rigging*). Kemiripannya terdapat pada pengembangan konsep (hukum) yang didasarkan bukan pada peraturan perundang-undangan melainkan lembaga hukum yaitu KPPU di Indonesia dan pengadilan di Amerika Serikat. Pengembangan konsep (hukum) persekongkolan tender yang tidak didasarkan pada ketentuan normatif membiarkan lembaga hukum memberikan interpretasi hukum atas ketentuan normatif tersebut didasarkan pada kasus-kasus partikular yang diajukan kepadanya. Interpretasi hukum menjadi *focal point* pengembangan konsep (hukum) persekongkolan tender dan keberlanjutan pengembangan tersebut didasarkan pada keinginan mengacu pada putusan-putusan sebelumnya dalam menilai kasus-kasus hukum (persekongkolan tender) terbaru.

Kemiripan tersebut juga meniscayakan perbedaan yaitu di Indonesia hukum persaingannya (UU No. 5/1999) mengatur secara eksplisit ketentuan tentang persekongkolan tender, sedangkan di Amerika *Sherman Act* juga tidak secara tegas ketentuan mengenai persekongkolan tender. *Sherman Act* hanya mengatur dua hal, yaitu (a) bahwa kontrak, persekongkolan atau kerja sama yang bertujuan untuk mengadakan pembatasan perdagangan dinyatakan sebagai pelanggaran hukum dan (b) setiap orang yang melakukan praktik monopoli atau melakukan konspirasi untuk melakukan monopoli dinyatakan bersalah.⁶ Namun, Antitrust Division United States Departement of Justice menyatakan bahwa *Sherman Act* melarang beberapa perjanjian antara para kompetitor dalam hal penetapan harga (*price fixing*), persekongkolan tender (*bid rigging*) atau melakukan kegiatan usaha yang anti persaingan.⁷

Demikian pula pada hukum persaingan Uni Eropa, Article 81 atau 82 EC Treaty juga tidak mengatur secara tegas mengenai persekongkolan tender (*bid rigging*). Persekongkolan tender dalam hukum persaingan Uni Eropa termasuk dalam *hardcore breaches of Article 81 (1)* yang dapat mengundang otoritas persaingan Uni Eropa untuk melakukan investigasi. Meski tidak mengatur secara tegas, tender merupakan sarana untuk menggerakkan persaingan antar penyedia barang/jasa.

(a) *system of allocation by tender is an area par excellence where competition must be capable of operating. In a system of tendering, competition is of the essence. If the*

*tender submitted by those taking part are not the result of individual economic calculation, but of knowledge of the tenders by other participants or of concertation with them, competition is prevented, or at least distorted and restricted.*⁸ Adanya persaingan dalam proses tender menjadi alasan dapat diterapkannya Article 81 atau 82 EC Treaty dimana para pesaing atau peserta tender dapat melakukan tindakan bersama (*concert action*) untuk mengarahkan atau mengatur pemenang tender.

Di Indonesia, KPPU sebagai otoritas pengawas persaingan dalam menilai kasus-kasus (dugaan) persekongkolan tender menguraikan Pasal 22 UU No. 5/1999 menjadi unsur-unsur yang terdiri atas pelaku usaha, persekongkolan, mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 oleh KPPU tidak bersifat statis melainkan mengalami pengembangan atau pemaknaan baru didasarkan pada interpretasi terhadap ketentuan normatifnya. Unsur-unsur persekongkolan tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 diuraikan KPPU dalam putusan-putusannya. KPPU mendasarkan analisis unsur-unsur atas kasus-kasus persekongkolan tender pada definisi yang terdapat dalam UU No. 5/1999.

Kecuali unsur yang definisinya tidak diatur dalam UU No. 5/1999, KPPU berinisiatif mengajukan definisi. Seperti pada unsur pihak lain, bersekongkol, dan mengatur dan/atau menentukan pemenang tender (MMPT), KPPU mengajukan definisi yang menjadi dasar untuk melakukan kajian (baca: penilaian) atas kasus-kasus persekongkolan tender. Dua unsur lain seperti pelaku usaha dan persaingan usaha tidak sehat sudah dijelaskan secara eksplisit dalam UU No. 5/1999. Namun berbeda halnya dengan pihak lain dan MMPT, UU No. 5/1999 tidak memberikan definisinya. Dengan demikian KPPU harus membuat definisi yang sesuai dengan Pasal 22 UU No. 5/1999 dan merupakan interpretasi KPPU terhadap Pasal 22 UU No. 5/1999.⁹ Khusus untuk definisi bersekongkol, KPPU pada awalnya menggunakan Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 dan mengalami 'metamorfosis' baik yang terdapat dalam putusan-putusan KPPU maupun melalui Pedoman yang diterbitkan oleh KPPU.

Progresifitas unsur-unsur dalam memaknai Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak membutuhkan waktu yang lama, tetapi hanya satu tahun pasca putusan perdana KPPU yaitu putusan KPPU No. 01/

KPPU-L/2000 yang menggunakan 4 empat unsur persekongkolan tender.¹⁰ Pada putusan KPPU No. 07/KPPU-L-I/2001, KPPU memberikan tambahan unsur 'pihak lain' dari unsur-unsur persekongkolan tender. Unsur 'pihak lain' sebagai unsur kelima persekongkolan tender sejak saat itu digunakan dalam menganalisis kasus pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999.¹¹

Progresifitas dalam interpretasi tidak hanya terjadi dalam hal unsur-unsur pasal, melainkan pemaknaan atas istilah juga mengalami pengembangan. Pemaknaan terhadap Pasal 22 UU No. 5/1999 juga memiliki konsekuensi yuridis yaitu memberikan definisi atas unsur 'tambahan' tersebut. Unsur 'pihak lain' dalam Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2001 didefinisikan sebagai subjek hukum yang bekerja sama dalam penentuan dan/atau pengaturan pemenang tender dengan pelaku usaha mengalami pemaknaan baru. Definisi baru atas unsur 'pihak lain' terjadi pada Putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002 yang mendefinisikan 'pihak lain' adalah pelaku usaha peserta lain dalam tender dan atau subjek hukum di luar peserta tender. Selanjutnya KPPU 'menyempurnakan' definisi 'pihak lain' dalam Putusan KPPU No. 16/KPPU-L/2005, KPPU memberikan definisi pihak lain yaitu para pihak yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan/atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut.¹²

Tabel 2

Perkembangan Pengertian Pihak Lain Dalam Pasal 22 UU No. 5/1999

Putusan KPPU No.07/KPPU-L/2001	Putusan KPPU No.03/KPPU-I/2002	Putusan KPPU No. 16/KPPU-L/2005
Subjek hukum yang bekerja sama dalam penentuan dan/atau pengaturan pemenang tender dengan pelaku usaha	Pelaku usaha peserta lain dalam tender dan atau subjek hukum di luar peserta tender	Para pihak yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan/atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut

Selain unsur pihak lain yang 'ditemukan' oleh KPPU sekaligus memberikan definisi dan penyempurnaan definisi pihak lain, unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 yang secara otoritatif didefinisikan

oleh KPPU adalah unsur bersekongkol dan unsur mengatur dan/atau menentukan pemenang tender (MMPT). Unsur bersekongkol dan unsur MMPT merupakan 'ruh' dari Pasal 22 UU No. 5/1999 untuk melihat terjadinya tindakan atau perilaku anti persaingan. Pasal 22 UU No. 5/1999 mengalami kekurangjelasan normatif ketika berhadapan atau diterapkan pada kasus-kasus aktual.

Pasal 22 UU No. 5/1999 hanya menyatakan bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender. Dengan demikian dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Dengan demikian secara normatif, UU No. 5/1999 menentukan larangan untuk melakukan persekongkolan tender tetapi tidak memberikan definisinya. UU No. 5/1999 memberikan pemahaman terhadap pengertian persekongkolan yaitu pada Pasal 1 angka 8 *jo* Pasal 22 UU No. 5/1999. Namun pengertian persekongkolan tersebut masih abstrak atau kabur dalam memberikan pemahaman terhadap tindakan bersekongkol. Dalam definisi persekongkolan UU No. 5/1999 hanya menentukan bentuk kerja sama untuk menguasai pasar bersangkutan untuk kepentingan pelaku usaha.¹³

Definisi persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 padahal berbeda maksud dengan Pasal 22 UU No. 5/1999, yaitu perbedaan subjek hukum dan maksud pengaturan.¹⁴ Perbedaan tersebut termaktub dalam putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002 pada saat KPPU melakukan penilaian tender penjualan saham PT Indomobil Sukses Internasional.

Pengertian persekongkolan dalam pasal 22 tidak sama dengan pengertian persekongkolan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1 angka 8 dalam hal subjek hukum dan maksud pengaturan. Subjek hukum dalam pasal 22 adalah pelaku usaha dan pihak lain sedangkan dalam Pasal 1 angka 8 adalah hanya pelaku usaha. Pasal, 22 dimaksudkan untuk mengatur persekongkolan dalam kegiatan *tender (lex specialis)*, sedangkan maksud pengaturan persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 adalah untuk mengatur persekongkolan dalam penguasaan pasar yang bersangkutan (*lex generalis*).¹⁵

Berdasarkan pertimbangan hukum tersebut, KPPU membentuk definisi dan menjadi latarbelakang hukum dalam mengembangkan definisi persekongkolan. Pertimbangan hukum pada putusan KPPU No. 3/KPPU-I/2002 yang secara tegas

'menolak' mencampuradukkan definisi persekongkolan antara Pasal 1 angka 8 dan Pasal 22 UU No. 5/1999 merupakan alasan untuk mengesampingkan definisi persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999. Meskipun alasan tersebut baru muncul pada tahun 2002, tetapi penolakan KPPU terhadap penerapan definisi persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 sudah dilakukan sebelum tahun 2002.

Seperti pada unsur pihak lain, unsur persekongkolan juga mengalami progresifitas takrif seperti dapat dikemukakan pada tabel 3.¹⁶ Progresifitas takrif persekongkolan tender terjadi dalam empat tahap, yaitu (i) tahap nir-definisi; (ii) tahap definisi pertama; (iii) tahap definisi kedua; dan (iv) tahap definisi Pedoman KPPU. Tahap nir-definisi ini tidak berarti KPPU dalam menilai kasus persekongkolan tender tidak menggunakan definisi (persekongkolan). Tahap nir-definisi ini ditandai dengan putusan KPPU No. 01/KPPU-L/2000 yang menggunakan definisi persekongkolan dari Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999. KPPU dalam memutus kasus tersebut masih berada pada 'era kegelapan' yang belum mengalami pencerahan dalam menangani kasus persekongkolan tender. 'Era kegelapan' tersebut terjadi karena KPPU masih mencampuradukkan (definisi) persekongkolan antara Pasal 1 angka 8 dan Pasal 22 UU No. 5/1999 apabila mengacu pada pertimbangan

hukum putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002. KPPU belum mempunyai 'kesadaran yuridis' terhadap pemaknaan Pasal 22 No. 5/1999, Dengan demikian menggunakan definisi persekongkolan pada Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999.

Meskipun tahap nir-definisi dikategorikan sebagai 'era kegelapan' namun ternyata mengalami keberlanjutan secara sporadis dalam hal penggunaan definisi Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999. Keberlanjutan sporadis tersebut ditemukan pada putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2004, putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2004, dan putusan KPPU No. 01/KPPU-L/2005. Mengapa terjadi keberlanjutan sporadis tersebut padahal pada tahun 2002 majelis komisi pada putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002 menyatakan bahwa pengertian persekongkolan antara Pasal 22 UU No. 5/1999 dengan Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 tidak sama? Apakah terjadi inkonsistensi dalam putusan KPPU? Kemungkinan terjadinya inkonsistensi dalam hal penggunaan definisi Pasal 1 angka 8 UU no. 5/1999 dapat dinilai demikian, tetapi KPPU sebenarnya tetap konsisten dalam melakukan penilaian kasus-kasus persekongkolan tender khususnya dalam mengelaborasi fakta dan unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999.

Pertanyaan yang mengemuka adalah mengapa masih terjadi keberlanjutan sporadis mencipta 'lubang hitam' bangunan konsep persekongkolan tender? KPPU gagal membuat 'garis demarkasi' antara Pasal 1 angka 8 dan Pasal 22 UU No. 5/1999, Dengan demikian masih terdapat keterkaitan hukum (*legal linkage*) di antara kedua pasal tersebut dan hal tersebut dapat memicu penilaian inkonsistensi terhadap KPPU. Konsekuensi yuridisnya adalah bahwa Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 berlaku atas Pasal 22 UU No. 5/1999 khususnya berkaitan dengan terminologi persekongkolan. Padahal KPPU dalam putusan KPPU No. 03/KPPU-I/202 menyatakan

Tabel 3
Perkembangan Definisi Persekongkolan

Putusan KPPU No. 07/KPPU-L-I/2001	Putusan KPPU No. 08/KPPU-L-I/2001 jo No. 09/KPPU-L/2001	Putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002	Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2003
Kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain secara terang-terangan maupun rahasia atas inisiatif pelaku usaha maupun pihak lain tersebut dapat berupa pemberian kesempatan eksklusif oleh Penyelenggara Tender atau pihak terkait secara langsung atau tidak langsung dengan melawan hukum kepada pelaku usaha yang mengikuti Tender sebelum penentuan Pemenang Tender.	Kerja sama antara pelaku usaha dengan pihak lain baik atas inisiatif pelaku usaha dan atau pihak lain secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian dan atau membandingkan dokumen sebelum penyerahan dan atau menciptakan persaingan semu dan atau menyetujui dan atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.	Kerja sama antara dua pihak atau lebih, secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian (<i>concerted action</i>) dan atau membandingkan dokumen <i>tender</i> sebelum penyerahan (<i>comparing Bid prior to submission</i>) dan atau menciptakan persaingan semu (<i>sham competition</i>) dan atau menyetujui dan atau memfasilitasi dan atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta <i>tender</i> tertentu.	Kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain secara terang-terangan maupun rahasia atas inisiatif pelaku usaha maupun pihak lain untuk kemenangan pihak tertentu berupa pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender kepada peserta tender secara langsung maupun tidak langsung dengan melawan hukum.

antara kedua pasal tersebut mempunyai perbedaan maksud pengaturan yaitu untuk persekongkolan dalam tender (*lex specialis*) dan persekongkolan dalam penguasaan pasar (*lex generalis*).

Tahap definisi pertama, KPPU mengalami 'era pencerahan' dengan membedakan persekongkolan antara Pasal 1 angka 8 dan Pasal 22 UU No. 5/1999. Meskipun tidak memberikan alasan mengapa mengemukakan definisi persekongkolan, namun pendefinisian persekongkolan pada analisis unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 merupakan deklarasi penolakan definisi persekongkolan Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 terhadap persekongkolan tender. 'Era pencerahan' mengalami kematangan konsep hukum definisi persekongkolan berlanjut pada putusan KPPU No. 08/KPPU-L-I/2001 *jo* No. 09/KPPU-L/2001 sebagai tahap definisi kedua. Kematangan konsep hukum tercermin dari definisi yang diformulasikan oleh KPPU yaitu:

"kerja sama antara pelaku usaha dengan pihak lain baik atas inisiatif pelaku usaha dan atau pihak lain secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian dan atau membandingkan dokumen sebelum penyerahan dan atau menciptakan persaingan semu dan atau menyetujui dan atau memfasilitasi dan atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu".

Definisi persekongkolan dari kedua putusan tersebut sangat komprehensif untuk mendeskripsikan semua aspek dalam persekongkolan. Dengan demikian kedua putusan tersebut dapat dikategorikan sebagai *landmark decision* dalam hal formulasi definisi yang digunakan KPPU dalam melakukan penilaian kasus-kasus persekongkolan tender di kemudian hari. Dari definisi persekongkolan tersebut melahirkan 'derivasi' unsur persekongkolan yang berbeda dengan unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999. Terdapat 2 (dua) unsur utama dalam definisi persekongkolan yaitu kerja sama-inisiatif dan inisiatif-mengatur, selain unsur-unsur non-utama seperti pelaku usaha dan pihak lain. Unsur non-utama dimaksud untuk menjelaskan bahwa *pertama*, tidak menjadi 'ruh' dari definisi dan *kedua*, unsur tersebut dalam analisisnya sudah dilakukan pada analisis unsur-unsur persekongkolan tender (Pasal 22 UU No. 5/1999).

Dalam unsur persekongkolan tersebut terdapat

dua istilah yang digunakan bersama sebagai kata keterangan dari unsur dimaksud. Artinya *pertama*, istilah inisiatif menunjukkan pihak mana yang mengawali dan mempunyai maksud untuk melakukan kerja sama atau mengatur antara pihak-pihak yang terlibat dalam tender atau pengadaan barang/jasa. *Kedua*, istilah inisiatif membentuk cara dan bentuk dalam melakukan kerja sama atau tindakan mengatur. Cara dan bentuk ini menjadi indikator dalam mengelaborasi perilaku atau tindakan dari para pihak yang terlibat dalam tender, Dengan demikian dapat dinilai atau diklasifikasikan sebagai persekongkolan. Inisiatif adalah usaha (tindakan) yang mula-mula atau prakarsa,¹⁷ Dengan demikian inisiatif dalam kerja sama dan mengatur menunjuk pada subjek yang melakukan usaha mula-mula. Inisiatif terdiri dari inisiatif pelaku usaha dan inisiatif pihak lain. Apabila mengacu pada definisi pihak lain maka yang dimaksud inisiatif adalah inisiatif subjek hukum yang terlibat dalam (proses) tender baik langsung seperti peserta tender atau tidak langsung seperti asosiasi jasa konstruksi.

Cara melakukan kerja sama terdiri atas dua yaitu terang-terangan dan diam-diam. Dua kategori cara berkerja sama tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut; *pertama*, bahwa langkah-langkah melakukan kerja sama didasarkan atas kesadaran untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender atau dilakukan secara sengaja (kerja sama terang-terangan). *Kedua*, kerja sama diam-diam terjadi apabila salah satu pihak atau kedua belah pihak secara tidak berkesadaran melakukan suatu langkah-langkah tertentu tanpa bermaksud untuk menentukan dan/atau mengatur pemenang tender. Tindakan tidak berkesadaran tersebut terjadi ketika mengambil pilihan tidak menolak melakukan suatu tindakan yang memanifestasikan (bentuk) persekongkolan atas inisiatif subjek hukum yang terlibat dalam tender.

Bentuk kerja sama dalam persekongkolan dibagi menjadi lima yaitu (i) tindakan penyesuaian (*concerted action*); (ii) membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan (*comparing Bid prior to submission*); (iii) menciptakan persaingan semu (*sham competition*); (iv) menyetujui dan/atau memfasilitasi subjek hukum yang terlibat dalam tender; (v) tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Lima

bentuk kerja sama tersebut dalam penilaian KPPU dapat bersifat tunggal atau akumulatif, artinya dalam suatu kasus (dugaan) persekongkolan tender diniscayakan KPPU dapat menemukan bentuk persekongkolan hanya satu bentuk atau beberapa bentuk terjadi sekaligus dalam kasus tersebut untuk menentukan keterpenuhan unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999.

Tahap definisi Pedoman KPPU yaitu tahap dimana KPPU mengeluarkan pedoman Pasal 22 tentang larangan persekongkolan dalam tender berdasarkan UU No. 5/1999 pada bulan Juli 2005. Pasca keluarnya pedoman tersebut ada terobosan dalam bentuk kecenderungan majelis KPPU dalam menilai kasus persekongkolan tender menggunakan definisi bersekongkol dari pedoman tersebut. Pedoman Pasal 22 UU No. 5/1999 (*selanjutnya disebut PP 22*) menggunakan istilah bersekongkol bukan persekongkolan. Penggunaan istilah bersekongkol tersebut dapat dilihat sebagai langkah kembali ke *khittah* Pasal 22 UU No. 5/1999, artinya bahwa penggunaan istilah tersebut merupakan pemaknaan secara *letterlijk* atau harafiah dari bunyi Pasal 22 UU No. 5/1999. Namun demikian perlu dipertimbangkan bahwa Pasal 22 UU No. 5/1999 menjadi bagian dari UU No. 5/1999 yang ditempatkan pada bagian keempat tentang persekongkolan.

Pasal 22 UU No. 5/1999 tentang persekongkolan tender merupakan salah satu varian persekongkolan di samping persekongkolan mendapatkan informasi¹⁸ dan persekongkolan menghambat produksi dan/atau pemasaran barang/jasa¹⁹. Selain itu KPPU melalui PP 22 menggunakan frasa 'persekongkolan dalam tender' bukan 'persekongkolan tender' yang tidak hanya dapat ditinjau dari sisi kebahasaan, melainkan maksud pencantuman kata 'dalam' memberikan penekanan tertentu. Penekanan tertentu tersebut adalah bahwa KPPU bermaksud menegaskan persekongkolan yang dinilai melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah persekongkolan yang terjadi di dalam proses tender. Secara berkebalikan artinya bahwa apabila menggunakan istilah 'persekongkolan tender' maka dapat berarti tendernya (yang) bersekongkol bukan proses tendernya dan arti tersebut dapat mendistorsi maksud yang terkandung dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Maksud digunakannya istilah 'persekongkolan dalam tender' dapat diketahui dari pernyataan dalam PP 22, yaitu:

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 usaha distribusi, kegiatan asosiasi perdagangan, penetapan harga dan manipulasi lelang atau kolusi dalam tender (*collusive tender*) yang dapat terjadi melalui kesepakatan antar pelaku usaha, antar pemilik pekerjaan maupun antar kedua pihak tersebut. ... Persekongkolan *dapat 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.²⁰

Selanjutnya di dalam PP 22, KPPU melengkapi persekongkolan dalam tender dengan definisi sekaligus menggunakan istilah bersekongkol. Persekongkolan dalam tender adalah kerja sama antara dua pihak atau lebih dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.²¹ Apabila mengacu pada istilah persekongkolan dalam tender dan bersekongkol yang dimaknai sebagai upaya kembali ke *khittah* Pasal 22 UU No. 5/1999 maka menimbulkan kerancuan yaitu apakah terjadi perbedaan antara kedua istilah tersebut? Ataukah persekongkolan dalam tender merupakan penerjemahan dalam satu istilah dari keseluruhan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 22 UU No. 5/1999, sedangkan pendefinisian istilah bersekongkol menjadi sarana untuk memberikan pengertian yang tidak diberikan oleh UU No. 5/1999. Seperti diungkapkan dalam PP 22, bahwa PP 22 "difokuskan kepada pemberian pengertian yang jelas, cakupan, serta batasan ketentuan tentang larangan persekongkolan dalam tender".²²

Berkaitan dengan istilah bersekongkol, PP 22 melakukan penyederhanaan kalau tidak dapat dikatakan pereduksian pengertian bersekongkol yang terdapat dalam putusan-putusan KPPU. Dalam PP 22 mendefinisikan bersekongkol adalah kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif sapa pun dan dengan cara apa pun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.²³ Penyederhanaan pengertian tersebut dapat dipahami sebagai upaya membentuk sifat keumuman definisi yang dapat mencakup aspek-aspek khusus dari suatu perbuatan yang berkaitan dengan persekongkolan. Sifat keumuman tersebut nampak pada penggunaan istilah 'inisiatif sapa pun' dan 'cara apa pun' yang bermaksud untuk

mencakup subjek pelaku persekongkolan dan cara atau bentuk persekongkolan.

Sifat keumuman menghasilkan elastisitas atau fleksibilitas ketika diperhadapkan dengan kasus-kasus aktual, Dengan demikian mampu mencakup semua aspek yang terkandung dalam kasus-kasus tersebut yang diduga untuk menentukan dan/atau mengatur pemenang tender. Hal tersebut idealnya terdapat dalam peraturan perundang-undangan khususnya di tingkat undang-undang bukan di tingkat pedoman yang seharusnya memuat hal-hal praktis sebagai 'terjemahan' dari ketentuan umum. Namun langkah tersebut dapat menjadi upaya untuk membangun 'garis demarkasi' antara persekongkolan yang terdapat dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 dengan Pasal 22 UU No. 5/1999. Dengan demikian dalam setiap putusan KPPU yang menggunakan Pasal 22 UU No. 5/1999 dapat menggunakan definisi dalam PP 22 tersebut. Dengan kata lain bahwa KPPU melakukan penolakan terhadap keterkaitan yuridis antara 1 angka 8 UU No. 5/1999 dengan Pasal 22 UU No. 5/1999. Penolakan dengan bentuk mencipta definisi baru persekongkolan menjadi wujud konsistensi KPPU dalam menggunakan definisi persekongkolan yang pernah dicantumkan dalam putusan KPPU No. 08/KPPU-L-I/2001 jo No. 09/KPPU-L/2001. Sekaligus sebagai definisi operasional dari Pasal 22 UU No. 5/1999 yang harus menjadi usulan bagi perubahan atau amandemen UU No. 5/1999 di waktu yang akan datang.

Elastisitas definisi bersekongkol diantisipasi dengan mengemukakan unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Kerja sama antara dua pihak atau lebih;
- b. Secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya;
- c. Membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan;
- d. Menciptakan persaingan semu;
- e. Menyetujui dan/atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan;
- 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.

Elaborasi unsur-unsur dalam suatu definisi yang terdapat dalam PP 22 tidak lazim dilakukan dalam ilmu hukum, karena pengelaborasi unsur-unsur bertolak dari substansi definisi yang dielaborasi. Selain itu, dalam pengelaborasi unsur-unsur masih dimungkinkan untuk melakukan interpretasi terhadap unsur-unsur agar diperoleh pemahaman yang komprehensif terhadap definisi tersebut. Padahal apabila melihat definisi bersekongkol, unsur-unsurnya adalah kerja sama, pelaku usaha, pihak lain, inisiatif (apa pun), cara (apa pun), dan memenangkan tender. Unsur-unsur bersekongkol dalam PP 22 merupakan 'potong tempel' dari definisi bersekongkol dalam putusan KPPU No. 08/KPPU-L-I/2001 jo No. 09/KPPU-L/2001, tetapi oleh KPPU definisi bersekongkol tersebut mengalami perubahan dimana substansinya dijadikan unsur-unsur dan memformulasi sendiri definisi bersekongkol.

PP 22 mengklasifikasikan persekongkolan (dalam) tender dibagi dalam tiga jenis yaitu persekongkolan horizontal, persekongkolan vertikal, dan gabungan persekongkolan horizontal dan vertikal. Pengklasifikasian tersebut langsung diterapkan oleh KPPU dalam putusan-putusannya yaitu putusan KPPU No. 16/KPPU-L/2005 dan putusan KPPU No. 22/KPPU-L/2005.²⁴

Terdapat hal menarik apabila kita membandingkan pengertian antara bersekongkol dengan persekongkolan dalam tender yang menekankan adanya kerja sama. Penekanan kata 'kerja sama' dalam kedua istilah tersebut tidak mendapatkan elaborasi dalam PP 22 padahal terdapat implikasi yang bertimbal balik antara bersekongkol atau persekongkolan (dalam) tender dengan kerja sama. Di antara istilah tersebut saling menjelaskan dan dapat saling menggantikan (*interchangeable*), artinya bahwa dalam hal terjadi tindakan bersekongkol atau persekongkolan (dalam) tender maka dilakukan dengan kerja sama antar para pihak. Kerja sama yang melawan hukum atau bertentangan dengan hukum dapat dikatakan sebagai bersekongkol atau persekongkolan. Tidak terdapatnya elaborasi kerja sama baik dalam bersekongkol maupun persekongkolan (dalam) tender oleh KPPU karena aktualisasinya dituangkan dalam unsur-unsur bersekongkol yang 'lepas' dari definisi bersekongkol. Untuk itu elaborasi kerja sama dapat mengacu pada putusan-putusan KPPU sebagaimana sudah dijelaskan pada paragraf diatas.

Tabel 4
Klasifikasi Persekongkolan

Klasifikasi Persekongkolan	Definisi
Horizontal	persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan/atau jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan/atau jasa pesaingnya
Vertikal	persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan/jasa dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan
Gabungan horizontal & vertikal	persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa.

Setelah membahas mengenai pihak lain, bersekongkol dan/atau persekongkolan (dalam) tender maka masih terdapat satu istilah yang tidak dielaborasi dalam UU No. 5/1999 tetapi menjadi 'ruh' dari Pasal 22 UU No. 5/1999 yaitu unsur mengatur dan/atau menentukan pemenang tender (MMPT). MMPT menjadi tujuan melakukan persekongkolan tender yang ditunjukkan dengan adanya kata 'untuk' sebelum frase MMPT. Untuk mengetahui karakteristik MMPT perlu dilakukan analisis pada putusan-putusan KPPU.²⁵ Terdapat empat model perkembangan unsur MMPT yang terdapat dalam putusan-putusan KPPU, yaitu *pertama*, definisi pada putusan KPPU perdana putusan KPPU No. 01/KPPU-L/2000. Pada putusan tersebut MMPT didefinisikan suatu proses interaksi sesama peserta tender untuk menentukan pemenang tender di antara mereka.

Kedua, definisi yang terdapat dalam putusan KPPU No. 07/KPPU-L-I/2001. Dalam putusan tersebut mendefinisikan MMPT adalah berbagai kegiatan yang saling terkait dalam upaya memenangkan tender bagi pelaku usaha tertentu. *Ketiga*, tidak mencantumkan definisi MMPT tetapi menyatakan telah terbukti adanya tindakan yang MMPT.²⁶ Terbukti atau terpenuhinya unsur MMPT pada putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2004 didasarkan pada peristiwa atau tindakan sebagai berikut; (i) memberikan kesempatan bagi peserta tender yang tidak memenuhi

persyaratan lelang untuk mengikuti proses lelang, (ii) menyatakan salah satu peserta tender yang tidak memenuhi persyaratan lelang sebagai *benchmark* untuk penilaian peserta tender lainnya, (iii) adanya diskriminasi dalam bentuk inkonsistensi pelaksanaan ketentuan lelang yang terdapat dalam dokumen tender,²⁷ (iv) melaksanakan negoisasi harga dengan salah satu peserta tender meskipun peserta tender tersebut tidak merekomendasikan sebagai pemenang.²⁸

Ketiga, KPPU mengadopsi unsur bersekongkol untuk menyatakan keterpenuhan unsur MMPT dengan unsur bersekongkol. Model ketiga ini dilakukan pada beberapa putusan KPPU, bahkan menjadi kecenderungan dalam menganalisis unsur MMPT pada perkara persekongkolan (dalam) tender.²⁹ Bahkan untuk putusan KPPU No. 04/KPPU-L/2005 masih menggunakan model ketiga dengan mengadopsi unsur bersekongkol dalam menentukan keterpenuhan unsur MMPT. Putusan tersebut padahal lahir setelah terbitnya PP 22, yaitu putusan dibacakan pada tanggal 19 September 2005 atau dua bulan setelah PP 22. Disatukannya analisis antara MMPT dengan persekongkolan menjadi fakta menarik karena dari uraian analisis dapat diketahui bahwa di antara kedua unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 saling terkait dan mendukung. Sebelum terpenuhinya unsur MMPT, KPPU melakukan kajian terhadap terpenuhinya unsur persekongkolan tender.³⁰

Keempat, definisi unsur MMPT berdasarkan PP 22 yaitu, 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 tehnik, keuangan, spesifikasi, proses tender, dan sebagainya.³¹

Berdasarkan definisi unsur MMPT diketahui terdapat dua kategori aktualisasi MMPT yaitu menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaing dan memenangkan tender *an sich*. Kategori pertama MMPT menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dapat terjadi dalam 2 hal yaitu *pertama*, merekayasa agar pelaku usaha pesaing tidak mengikuti (proses) tender dan *kedua*, merekayasa agar pelaku usaha pesaing tidak dapat memenangkan tender. Kedua hal tersebut mirip atau hampir sama tetapi berbeda berkaitan dengan keterlibatan pelaku usaha pesaing dalam proses tender. Sementara itu, kategori kedua aktualisasi MMPT berkaitan dengan definisi bersekongkol dalam PP 22 yaitu 'dengan cara apa pun' untuk memenangkan tender. 'Dengan cara apa pun' mencakup keniscayaan semua cara yang digunakan oleh pelaku usaha dalam usaha untuk memenangkan tender dan hal tersebut dilihat dalam keterkaitannya dengan fakta adanya pelaku usaha yang dimenangkan dengan cara apa pun tersebut. Inilah bentuk konsistensi KPPU dalam menetapkan bahwa Pasal 22 UU No. 5/1999 termasuk kategori pasal yang dianalisis dengan pendekatan *rule of reason*, yaitu harus dilihat atau dibuktikan suatu perbuatan memenuhi atau melanggar pasal tertentu dalam UU No. 5/1999 apabila terdapat dampak dari perbuatan yang dilakukan.

Paparan di atas merupakan penjelasan mengenai terbentuknya konsep hukum persekongkolan tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Konsep hukum tersebut terbangun didasarkan pada putusan-putusan KPPU dan selanjutnya dituangkan dalam PP 22 yang bertujuan untuk;

- a. memberikan pengertian yang jelas dan tepat tentang larangan persekongkolan dalam tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999,
- b. memberikan dasar pemahaman dan arah yang jelas dalam pelaksanaan Pasal 22 Dengan demikian tidak ada penafsiran lain selain yang diuraikan dalam Pedoman ini,
- c. digunakan oleh semua pihak sebagai landasan dalam berperilaku agar tidak ada pihak-pihak yang dirugikan dan selanjutnya menciptakan kondisi persaingan usaha yang tumbuh secara wajar.

Pertanyaan yang mengemuka dengan terbentuknya konsep hukum persekongkolan tender adalah dari 'sumber hukum' manakah yang mem-

peroleh legitimasi kuat untuk menjadi dasar hukum dalam menilai suatu perkara (dugaan) persekongkolan tender, putusan KPPU atau pedoman pasal? Pertanyaan tersebut layak dikemukakan manakala muncul penafsiran yang berbeda antara putusan majelis Komisi dengan PP 22 dalam menilai suatu perkara (dugaan) persekongkolan tender.

Pertanyaan tersebut dipicu oleh salah satu tujuan PP 22 yang menyatakan "memberikan dasar pemahaman dan arah yang jelas dalam pelaksanaan Pasal 22 Dengan demikian *tidak ada penafsiran* lain selain yang diuraikan dalam Pedoman ini".³² 'Monopoli' penafsiran berpotensi menjadi ruang 'pertarungan' penafsiran antara majelis komisi dengan KPPU apabila terdapat perbedaan penafsiran terhadap Pasal 22 UU No. 5/1999 dalam melakukan penilaian perkara (dugaan) persekongkolan tender. 'Pertarungan' tersebut dapat menjadi celah hukum bagi pelaku usaha untuk memanfaatkan penafsiran yang mampu memberikan legitimasi bagi tindakan yang dilakukan dalam suatu tender.

Konsep Hukum 'Baru' Persekongkolan Tender

Istilah 'baru' dalam tulisan ini sangat relatif, artinya bahwa sifat baru yang dimaksud sebenarnya sudah dipraktikkan lama khususnya dalam pengadaan barang/jasa (pemerintah). Namun demikian pada konsep persekongkolan tender dalam hukum persaingan usaha pasca UU No. 5/1999 yang tertuang di putusan KPPU merupakan hal baru yang belum pernah muncul pada kasus-kasus persekongkolan tender yang diajukan ke KPPU. Kebaruan konsep hukum tersebut dapat dimaknai sebagai progresifitas perkembangan yang memperkaya khazanah penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999 pada kasus-kasus tender yang diduga terjadi persekongkolan. Praktik persekongkolan memperoleh pemaknaan dan pemahaman baru dari perspektif UU No. 5/1999 yang selama ini menjadi kelaziman dalam proses tender dan belum tersentuh oleh hukum.

Dalam rangka mengetahui konsep hukum 'baru' persekongkolan maka dilakukan kajian terhadap putusan-putusan KPPU periode 2007-2008. Putusan-putusan KPPU pada periode tersebut didominasi perkara persekongkolan tender yang terjadi pada pengadaan barang/jasa pemerintah (lihat tabel 1). Dominannya persekongkolan tender dalam pengadaan barang/jasa pemerintah terjadi karena *pertama*,

adanya kelaziman praktik menyimpang (*deviant behaviour*) oleh para pelaku usaha dan pemerintah (pengguna anggaran atau panitia pengadaan) dalam melakukan tender. Praktik menyimpang tersebut dilakukan terhadap UU No. 18 Tahun 2000 jo Keppres No. 80 Tahun 2003 dan selama ini sulit untuk mengungkap persekongkolan tender selain dalam hal terjadinya atau adanya dugaan tindak pidana korupsi (tipikor).

Kedua, adanya *legal shock* (kejutan hukum) pasca berlakunya UU No. 5/1999. Selama ini persekongkolan tender susah terpegang oleh hukum kecuali dalam hal adanya dugaan tipikor, padahal ketidakpuasan para pelaku usaha yang 'terpaksa' kalah dalam tender sudah terakumulasi menjadi kekecewaan kolektif atas tumpulnya peraturan perundang-undangan dan lemahnya komitmen penegakan hukum. Pelaku usaha yang kecewa tersebut menemukan semangat baru pasca UU No. 5/1999 dimana persekongkolan tender menjadi salah satu larangan dari hukum persaingan usaha yang menjadi kewenangan KPPU untuk melakukan penilaian atas pelanggaran terhadap ketentuan yang terdapat dalam UU No. 5/1999. KPPU selama kurun lima tahun mampu menunjukkan komitmen dan konsistensi dalam meakukan penilaian atas pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999.

Kelaziman praktik menyimpang dan optimisme baru menghadirkan kejutan hukum dalam bentuk kesadaran hukum untuk melaporkan praktik menyimpang yang terwadahi dalam persekongkolan tender. Keberlanjutan praktik menyimpang terjadi karena keuntungan (baca: kemudahan) dalam melakukan tender terkonversi dalam maksimalisasi keuntungan dengan mengesampingkan hukum. Pihak yang terbiasa melakukan praktik menyimpang dalam tender terlena untuk terus melakukan karena merasa hukum sudah dimandulkan dan kemungkinan tak tersentuh hukum (*untouchable*). Kejutan hukum dalam bentuk kesadaran hukum melahirkan dominasi perkara (dugaan) persekongkolan tender yang dilaporkan dan diputuskan oleh KPPU.

Menjadi relevan untuk dilakukan kajian konsep hukum 'baru' persekongkolan tender selain sebagai pemahaman dan pemaknaan baru atas Pasal 22 UU No. 5/1999 sekaligus dapat menjadi wahana untuk 'menyempurnakan' pelaksanaan Keppres No. 80/2003. Penyempurnaan Keppres No. 80/2003 dapat dilakukan dengan, *pertama*, menutup celah hukum yang terdapat dalam pengaturan tentang

tender dengan ketentuan-ketentuan yang semakin mendekati pada tujuan pengadaan barang/jasa. *Kedua*, meningkatkan derajat peraturan perundang-undangan yang mengatur pengadaan barang/jasa. Pengadaan barang/jasa selama ini diatur dengan keputusan presiden dan jasa konstruksi yang terkait dengan pengadaan barang/jasa diatur oleh undang-undang. Situasi demikian menempatkan ketentuan mengenai pengadaan barang/jasa akan tunduk pada ketentuan yang lebih tinggi ketika terkait dengan jasa konstruksi yang terlibat dalam pengadaan barang jasa. Apakah dalam situasi demikian penerapan prinsip hukum '*lex specialis derogat lex generalis*' tetap relevan digunakan?

Adapun putusan KPPU yang hendak dikaji antara lain (i) putusan KPPU No. 02/KPPU-L/2007;³³ (ii) putusan KPPU No. 03/KPPU-L/2007;³⁴ (iii) putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2007;³⁵ (iv) putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007;³⁶ (v) putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007;³⁷ (vi) putusan KPPU No. 11/KPPU-L/2007;³⁸ (vii) putusan KPPU No. 12/KPPU-L/2007;³⁹ (viii) putusan KPPU No. 14/KPPU-L/2007;⁴⁰ (ix) putusan KPPU No. 15/KPPU-L/2007;⁴¹ (x) putusan KPPU No. 16/KPPU-L/2007;⁴² (xi) putusan KPPU No. 18/KPPU-L/2007.⁴³ Kajian terhadap sebelas putusan KPPU tidak akan mengungkap posisi kasus secara spesifik tetapi melihat analisis Pasal 22 UU No. 5/1999 pasca terbitnya PP 22. Dengan mengkaji kesebelas kasus tersebut dapat memahami pola analisis tentang persekongkolan yang dilakukan oleh KPPU. Pemahaman atas pola analisis tersebut diharapkan dapat menemukan konsep-konsep hukum 'baru' dari persekongkolan tender dari perspektif hukum persaingan usaha.

Konsep hukum persekongkolan tender tersebut merupakan konsep hukum yang terdapat dalam pelaksanaan tender yang dilihat dari perspektif persaingan usaha. Dengan demikian sifat 'baru' dimaksud bukan ditemukan pada saat KPPU melakukan penilaian terhadap suatu perkara melainkan pasca UU No. 5/1999 (pelanggaran) peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang tender mendapatkan 'darah' baru dalam penegakan hukum. Dan secara khusus, pemahaman terhadap Pasal 22 UU No. 5/1999 diperkaya dengan perkara yang membutuhkan interpretasi dalam melakukan penilaian ada atau tidak adanya pelanggaran pasal tersebut.

Pemeriksaan Pasal 22 UU No. 5/1999 berimplikasi pada pencapaian komprehensifitas (*comprehensiveness*) pemaknaan unsur-unsur pasal

tersebut dalam penerapannya pada kasus-kasus aktual. Terdapat 2 (dua) aspek pemerikayaan yaitu terhadap unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 dan situasi-situasi yang dinilai melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999. Aspek pertama merupakan perspektif persaingan usaha *per se*, sedangkan aspek kedua menjadi upaya koreksi-reflektif atas pelaksanaan Keppres No. 80/2003 yang menjadi dasar hukum bagi pelaksanaan tender. Upaya koreksi-reflektif tersebut menjadi bagian untuk melakukan revisi dalam rangka penyempurnaan Keppres dan meningkatkan derajat ke-hierarkhi-an peraturan perundang-undangan. Penyempurnaan dan peningkatan kehierarkhian tersebut menjadi satu paket yang menjadi 'pekerjaan rumah' bagi pemerintah apabila bermaksud mempertautkan antara kualitas pelaksanaan tender (pemerintah) dengan aspek hukum persaingan usaha.

Pemerikayaan terhadap unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 secara faktual terjadi 'kepatuhan' terhadap Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender (PP 22) dan putusan-putusan KPPU sebelumnya. Namun yang dimaksud pemerikayaan di sini adalah bahwa terdapat pemaknaan baru terhadap pedoman dari kasus-kasus aktual yang dinilai oleh KPPU. Kepatuhan KPPU terhadap PP 22 sangat dominan khususnya dalam definisi bersekongkol, mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, pihak lain dan jenis persekongkolan. Oleh karena itu KPPU sangat konsisten terhadap tujuan dibuatnya PP 22 yaitu:⁴⁴

1. memberikan pengertian yang jelas dan tepat tentang larangan persekongkolan dalam tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5/1999,
2. memberikan dasar pemahaman dan arah yang jelas dalam pelaksanaan Pasal 22 Dengan demikian tidak ada penafsiran lain selain yang diuraikan dalam pedoman ini,
3. digunakan semua pihak sebagai landasan dalam berperilaku agar tidak ada pihak-pihak yang dirugikan dan selanjutnya untuk menciptakan kondisi persaingan usaha yang tumbuh secara wajar.

Kekonsistenan ini penting karena pada hakekatnya PP 22 dibuat untuk memberikan pedoman dalam menginterpretasikan Pasal 22 UU No. 5/1999, khususnya terkait ketidakjelasan unsur-unsurnya yang disebabkan ketiadaan definisi yang diberikan oleh undang-undang.

Pertama, definisi bersekongkol. Menurut PP 22, bersekongkol adalah kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif sapa pun dan dengan cara apa pun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Semua putusan KPPU yang diteliti menunjukkan tingkat kepatuhan yang tinggi terhadap PP 22 khususnya definisi bersekongkol. Dalam hal penggunaan definisi bersekongkol pada putusan KPPU terdapat tiga model, yaitu [1] putusan yang hanya mencantumkan definisi bersekongkol kemudian merujuk pada klasifikasi jenis persekongkolan, dan [2] putusan yang setelah mencantumkan definisi bersekongkol kemudian membedah unsur-unsur yang terdapat dalam definisi tersebut. Putusan KPPU yang elaborasi unsur-unsur (definisi) bersekongkol yang terdapat dalam definisi bersekongkol yaitu putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007⁴⁵, dan putusan KPPU No. 11/KPPU-L/2007.⁴⁶ [3] Sementra itu, Putusan ke-3 adalah yang menyandingkan definisi bersekongkol dari PP 22 dengan definisi persekongkolan atau konspirasi pada Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999.

Elaborasi unsur-unsur bersekongkol dari kedua putusan tersebut adalah sebagai berikut; (i) Kerja sama antara dua pihak atau lebih, (ii) secara terang-terang maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya, (iii) membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan, (iv) menciptakan persaingan semu, (v) menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan, (vi) tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Secara khusus pada putusan KPPU No. 11/KPPU-L/2007 menambah satu unsur dari 6 (enam) unsur dalam putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007 yaitu pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum.

Unsur-unsur bersekongkol yang ditampilkan oleh majelis komisi sebenarnya bukan hal baru karena itu sebenarnya mengambil dari definisi persekongkolan pada tahun 2001-2002 sekaligus menjadi bentuk konsistensi terhadap putusan KPPU terdahulu (*stare decisis doctrine*). Putusan KPPU yang menjadi acuan adalah putusan KPPU No. 08/KPPU-I/2001, putusan KPPU No. 09/KPPU-

Tabel 5
Elaborasi Unsur Bersekongkol Tahun 2007 & Definisi Persekongkolan Tahun 2001-2002

No.	Putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007 & Putusan KPPU No. 11/KPPU-L/2007	Putusan KPPU No. 08/ KPPU-L-I/2001 jo No. 09/KPPU-L/2001	Putusan KPPU No. 03/ KPPU-I/2002
1.	Kerja sama antara dua pihak atau lebih	Kerja sama antara pelaku usaha dengan pihak lain baik atas inisiatif pelaku usaha dan atau pihak lain secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian dan atau membandingkan dokumen sebelum penyerahan	Kerja sama antara dua pihak atau lebih, secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian (<i>concerted action</i>) dan atau membandingkan dokumen <i>tender</i> sebelum penyerahan (<i>comparing Bid prior to submission</i>) dan atau menciptakan persaingan semu (<i>sham competition</i>) dan atau menyetujui dan atau memfasilitasi dan atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.
2.	Secara terang-terang maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya		
3.	Membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan		
4.	Menciptakan persaingan semu		
5.	Menyetujui dan 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 tertentu		
7.	Pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum (Putusan KPPU No. 11/KPPU-L/2007).		

belakangi penggunaan definisi bersekongkol PP 22 dan definisi persekongkolan Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999? Pertanyaan terakhir menarik untuk dikaji karena tidak semua putusan KPPU menggunakan 2 dua definisi bersekongkol dan persekongkolan sekaligus.

Kedua, jenis persekongkolan. Berdasarkan PP 22 terdapat 3 tiga-jenis persekong-

L/2001, dan putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002.⁴⁷ Dalam ketiga putusan tersebut, KPPU memberikan definisi persekongkolan yang digunakan acuan oleh majelis komisi dalam mengelaborasi unsur-unsur bersekongkol pada putusan tahun 2007. Ketiga putusan yang digunakan sebagai acuan oleh majelis komisi di tahun 2007 sebenarnya memberikan definisi persekongkolan yang tidak identik namun saling melengkapi untuk digunakan dalam mengelaborasi unsur bersekongkol yang terdapat di PP 22 (lihat tabel 5).

Model ketiga dari unsur bersekongkol, selain menggunakan PP 22 juga menyandingkan dengan definisi persekongkolan yang terdapat dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 antara lain putusan KPPU No. 03/KPPU-L/2007⁴⁸, putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007⁴⁹, putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007⁵⁰, putusan KPPU No. 11/KPPU-L/2007⁵¹, putusan KPPU No. 12/KPPU-L/2007⁵², putusan KPPU No. 15/KPPU-L/2007⁵³. Hal yang menarik dari model ketiga ini adalah mengapa KPPU yang sudah menggunakan definisi bersekongkol dari PP 22 masih perlu menggunakan definisi persekongkolan dari Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999? Yang menggunakan model ini dalam putusan KPPU adalah hampir semua komisioner KPPU, tetapi mengapa hanya 6 enam putusan dari 11 putusan tahun 2007-2008 yang diteliti? Fakta-fakta apa saja yang melatar-

kolan yaitu perse-kongkolan horizontal, persekongkolan vertikal, dan gabungan persekongkolan vertikal dan horizontal (lihat tabel 4). 11 putusan KPPU yang diteliti semua menggunakan atau mengacu pada tiga bentuk persekongkolan yang terdapat dalam PP 22, demikian pula definisinya. hal yang membedakan adalah penerapan dari definisi tiga bentuk persekongkolan tersebut yang tergantung dari masing-masing kasus/perkara yang dinilai oleh KPPU. Menurut KPPU persekongkolan horizontal terjadi dalam hal, (i) adanya tindakan menyesuaikan harga penawaran atau pengaturan dokumen penawaran antara peserta tender dari salah satu asosiasi penyedia barang/jasa,⁵⁴ (ii) peserta tender menawarkan mesin dengan merek yang sama (*Blancfog*) dalam mengikuti tender,⁵⁵ (iii) pinjam meminjam perusahaan,⁵⁶ dan (iv) menetapkan harga penawaran yang berdekatan dengan peserta tender yang lain.⁵⁷

Persekongkolan vertikal terjadi dengan kriteria, (i) tindakan panitia menggugurkan penawar terendah (PT Adhi-karya Teknik) dengan alasan masa jaminan penawaran yang berbeda dengan yang dijelaskan pada forum *aanwijzing* dan koefisien harga satuan,⁵⁸ (ii) membuat persyaratan yang mengarahkan pada kemampuan peserta tender tertentu,⁵⁹(iii) panitia memfasilitasi peserta tender dengan melaksanakan tender kedua,⁶⁰ dan (iv) pa-

Tabel 6
Elaborasi Unsur MMPT Putusan KPPU 2007-2008

NO	PUTUSAN	MENGATUR DAN ATAU MENENTUKAN PEMENANG TENDER
1.	Putusan Perkara No : 02/KPPU-L/2007	Majelis Komisi menyatukan analisis antara unsur persekongkol dengan unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender, dengan bunyi kesimpulan uraian unsur "telah terbukti terdapat persekongkolan baik horizontal maupun vertikal Dengan demikian dengan demikian, unsur persekongkol untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender terpenuhi"
2.	Putusan Perkara No : 03/KPPU-L/2007	Tindakan saling menyesuaikan harga penawaran atau pengaturan dokumen penawaran di antara para Peserta Tender anggota Aspek
3.	Putusan Perkara No : 05/KPPU-L/2007	Tindakan Terlapor I untuk mengarahkan Terlapor II sebagai pemenang tender
4.	Putusan Perkara No : 06/KPPU-L/2007	Tidak memberikan definisi unsur MMPT dari PP 22. Dokumen penawaran dari peserta tender dibuat oleh orang-orang tertentu Dengan demikian harga penawaran dapat diatur dan diajukan oleh masing-masing peserta, akhirnya mengatur salah satu satu di antara peserta tender menjadi pemenang.
5.	Putusan Perkara No : 08/KPPU-L/2007	Mempertautkan unsur persekongkol dengan unsur MMPT dengan menyatakan, "tindakan persekongkol menyebabkan terjadinya pembagian pemenang tender untuk masing-masing paket".
6.	Putusan Perkara No : 11/KPPU-L/2007	KPPU tidak memberikan definisi unsur MMPT yang berasal dari PP 22. Unsur MMPT terpenuhi dengan adanya kesamaan dokumen antara terlapor I, IV dan V menunjukkan adanya pengaturan dalam tender. Pengaturan dalam tender ditunjukkan dengan disusunnya harga penawaran secara berurutan dari terlapor I sebagai penawar terendah diikuti terlapor V dan IV. Panitia Lelang tetap meluluskan terlapor I sebagai pemenang tender meskipun terdapat kesamaan dokumen tender.
7.	Putusan Perkara No : 12/KPPU-L/2007	Dalam putusan ini Majelis Komisi juga mempertautkan unsur persekongkol dengan unsur MMPT tanpa mengelaborasi secara khusus unsur MMPT.
8.	Putusan Perkara No : 14/KPPU-L/2007	Adanya kesamaan dokumen Prakuifikasi antara Terlapor IX (PT Budi Graha Perkasa) dengan Terlapor X (PT Pelita Nusa Perkasa). Kesamaan dokumen yang dimaksud oleh KPPU dalam putusan tersebut adalah kesalahan menulis jabatan Drs. Lukma CM yang seharusnya merupakan direktur PT Pelita Nusa Perkasa ditulis sebagai direktur PT Budi Graha Perkasa. Kesalahan tersebut tidak dipertimbangkan Panitia Tender dalam mengevaluasi prakuifikasi dengan tetap meloloskan ke tahap selanjutnya. KPPU hanya mempertimbangkan fakta tersebut dalam menilai terpenuhinya unsur MMPT, dan cenderung meyakini bahwa kesalahan tulis jabatan sebagai kesamaan dokumen. Padahal masih ada fakta lain seperti Panitia Tender tetap meloloskan peserta tender yang tidak memenuhi persyaratan dalam kelengkapan alat.

panitia meloloskan peserta tender meskipun terdapat kesalahan dokumen kualifikasi.⁶¹

KPPU mengklasifikasi gabungan persekongkolan vertikal dan horizontal tetapi tetap mengelaborasinya secara terpisah dengan kriteria; (i) adanya pinjam meminjam perusahaan yang bertujuan menjadi pendamping dalam mengikuti tender,⁶² (ii) menggandakan surat dukungan untuk diberikan kepada peserta tender yang lain,⁶³ (iii) panitia membuat kualifikasi agar peserta tender tertentu dapat mengikuti tender untuk mendampingi peserta tender yang ditentukan sebagai pemenang,⁶⁴ (iv) panitia meluluskan peserta tender dalam evaluasi administrasi dan teknis meskipun tidak memiliki pengalaman pekerjaan pengadaan peralatan gizi hanya untuk mendampingi peserta tender yang

akan ditentukan sebagai pemenang,⁶⁵ (v) menyesuaikan harga penawaran dengan HPS dan tidak mengambil keuntungan yang wajar sebesar kurang lebih 10-15%,⁶⁶ (vi) panitia tidak mencantumkan nama pemilik pekerjaan yang seharusnya ditujukan kepada Pejabat Pembuat Komitmen tetapi ada peserta tender yang melakukan perubahan nama pemilik pekerjaan dari Panitia Pengadaan ke Pejabat Pembuat Komitmen,⁶⁷ (vii) adanya kemiripan dan kesamaan kesalahan peng-etikan dokumen surat penawaran yang disebabkan adanya pinjam meminjam disket antara sesama peserta tender,⁶⁸ (viii) melakukan penyesuaian dokumen teknis dan pengaturan harga penawaran,⁶⁹ (ix) pengaturan harga lebih rendah dibanding dengan peserta tender yang lain,⁷⁰ (x) memberikan nilai tinggi terhadap dokumen yang sama,⁷¹ dan (xi) menggugurkan peserta dengan harga penawaran terendah tanpa dasar yang cukup.⁷²

Hal yang menarik dari penentuan gabungan persekongkolan adalah KPPU tetap melakukan pemilahan antara persekongkolan horizontal dan vertikal secara terpisah. Pemilahan dipandang sebagai upaya klarifikasi atas persekongkolan yang dilakukan tetapi tindakan persekongkol tidak dapat dipisahkan secara mandiri. Artinya bahwa tindakan persekongkolan baik vertikal maupun horizontal terjadi dalam suatu pertautan antara sesama peserta tender dan/atau peserta tender dengan panitia tender. Tindakan kerja sama antara sesama peserta tender (horizontal) membentuk gabungan persekongkolan apabila didukung atau mendapat fasilitas dari panitia tender. Seperti pada tindakan pinjam meminjam perusahaan merupakan bentuk kerja sama yang mengarah pada persekongkolan horizontal, tetapi dengan sepengetahuan panitia

tender pinjam meminjam tersebut mendapat 'legitimasi' dari panitia tender. Atau adanya kemiripan dokumen penawaran dari para peserta tender, apabila panitia tender melakukan evaluasi dan menemukan kemiripan tetapi melakukan pembiaran atas kemiripan tersebut maka yang terjadi bukan persekongkolan horizontal tetapi gabungan persekongkolan.

Ketiga, mengatur dan/atau menentukan pemenang tender. Menurut PP 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.

Dalam analisis unsur MMPT, putusan KPPU mempunyai tiga model yaitu analisis unsur MMPT *per se*, yang mempertautkan analisis unsur MMPT dengan unsur bersekongkol, analisis unsur MMPT tanpa mencantumkan definisi MMPT (lihat tabel 6). Putusan KPPU yang hanya menganalisis unsur MMPT *per se* antara lain putusan KPPU No. 03/KPPU-L/2007, putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2007, dan putusan KPPU No. 15/KPPU-L/2007. Putusan yang mempertautkan analisis unsur MMPT dengan unsur bersekongkol adalah putusan KPPU No. 02/KPPU-L/2007, putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007, putusan KPPU No. 12/KPPU-L/2007, putusan KPPU No. 15/KPPU-L/2007 dan putusan KPPU No. 16/KPPU-L/2007.

Tabel 7
Elaborasi Unsur Pihak Lain

NO	PUTUSAN KPPU	UNSUR PIHAK LAIN			
		DEFINISI	PANITIA	PESERTA TENDER	# PANITIA atau /PESERTA
1.	Putusan Perkara No : 02/KPPU-L/2007	V	V	-	Distributor peralatan (gizi)
2.	Putusan Perkara No : 03/KPPU-L/2007	V	-	V	PT Winda Prata-ma Karya
3.	Putusan Perkara No : 05/KPPU-L/2007	V	V	-	-
4.	Putusan Perkara No : 06/KPPU-L/2007	V	-	-	Individu (4 orang)
5.	Putusan Perkara No : 08/KPPU-L/2007	V	V	V	-
6.	Putusan Perkara No : 11/KPPU-L/2007	V	V	V	-
7.	Putusan Perkara No : 12/KPPU-L/2007	V	V	V	-
8.	Putusan Perkara No : 14/KPPU-L/2007	V	V (ketua Panitia)	-	-
9.	Putusan Perkara No : 15/KPPU-L/2007	V	V	V	-
10.	Putusan Perkara No : 16/KPPU-L/2007	V	-	V	Individu
11.	Putusan Perkara No : 18/KPPU-L/2007	V	V	-	-

Dalam hal KPPU mempertautkan unsur MMPT dan unsur bersekongkol sama dengan penelitian yang pernah dilakukan pada putusan KPPU sebelum tahun 2007.⁷³ Sementara itu, putusan yang tidak mencantumkan definisi MMPT antara lain putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007 dan putusan KPPU No. 16/KPPU-L/2007.

Mengacu pada definisi mengatur dan/atau menentukan pemenang tender maka menjadi keniscayaan bagi KPPU untuk mempertautkan antara unsur MMPT dengan unsur bersekongkol. Artinya unsur MMPT terjadi atau terpenuhi dengan melihat indikasi adanya perbuatan (baca: kerja sama) yang

bersekongkol, Dengan demikian untuk menentukan unsur MMPT harus melihat uraian analisis unsur bersekongkol.

Keempat, pihak lain. Menurut PP 22, pihak lain adalah para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut. KPPU dalam menganalisis unsur Pihak Lain konsisten dengan mencantumkan definisi yang berasal dari PP 22. Selain itu, elaborasi unsur pihak lain meliputi panitia tender, peserta tender atau pihak yang bukan termasuk bukan panitia atau peserta tender (*lihat tabel 7*). Tidak ada klasifikasi ketat mengenai unsur pihak lain berdasarkan definisi, yang menjadi inti dari pihak lain adalah pihak yang terkait dengan tender dan bukan pihak yang menjadi pihak yang melakukan kerja sama untuk melakukan persekongkolan dalam mengatur dan/atau menentukan pemenang tender. Inti dari pihak lain ini *jumbuh* dengan ketentuan mengenai persekongkolan tender dalam Pasal 22 UU No. 5/1999. Menariknya adalah apakah pihak lain yang dikriteriakan dalam putusan-putusan KPPU bukan merupakan pihak-pihak yang bersekongkol untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender.

Elaborasi unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 menemukan perkembangan pemaknaan unsur-unsur tersebut dibandingkan putusan sebelum tahun 2007 atau sebelum lahirnya PP 22 pada Juli 2005. Perkembangan pemaknaan baru terbentuk atau dipengaruhi karena adanya PP 22 sebagai interpretasi resmi atas Pasal 22 UU No. 5/1999, Dengan demikian majelis komisi yang menilai suatu perkara dapat dengan mudah mengacu elaborasi unsur-unsurnya. Khusus untuk definisi bersekongkol pasca PP 22 merupakan tahap perkembangan ketiga setelah perumusan definisi pada putusan-putusan KPPU (tahap pertama) dan ditetapkannya pada PP 22 (tahap kedua). Tahap ketiga dan perkembangan tahap sesudahnya cenderung menuntut konsisten KPPU dalam menerapkan substansi PP 22 pada perkara-perkara yang dinilai.

Dalam unsur-unsur MMPT terjadi kesamaan 'keterjangkitan' dalam elaborasi unsur baik sebelum dan sesudah munculnya PP 22. Kesamaan 'keterjangkitan' tersebut adalah masih adanya mencampurkan (*mixing*) atau mempertautkan (*linkage*) analisis unsur MMPT dengan unsur bersekongkol. Ciri inilah yang menarik untuk dikaji lebih lanjut

dalam hal, (i) apakah pencampuran dan pertautan dilakukan karena akibat karakteristik perkara yang meniscayakan melakukan hal tersebut? (ii) bahwa pencampuran dan pertautan terjadi karena keniscayaan normatif yang terkandung dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 atau definisi yang dibangun oleh KPPU antara unsur MMPT dan unsur bersekongkol. Pada tulisan ini akan menjawab (menganalisis) berkaitan dengan yang kedua yaitu keniscayaan normatif baik dalam substansi pasal maupun definisi.

Pasal 22 UU No. 5/1999 dapat dipahami bahwa tindakan bersekongkol dilakukan untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender. Artinya ada keniscayaan keberlanjutan atau kesinambungan normatif dari suatu perbuatan dalam hal pencapaian suatu tujuan dari perbuatan tersebut. Tindakan bersekongkol dalam persekongkolan tender dilakukan untuk mencapai tujuan yaitu mengatur dan atau menentukan pemenang tender, Dengan demikian dalam analisis akan terjadi keberhimpitan analisis dari dua unsur tersebut. Keberhimpitan analisis dari dua unsur secara teknis oleh KPPU termanifestasi dengan menggunakan analisis unsur bersekongkol sekaligus untuk menganalisis unsur MMPT.

Berkaitan dengan definisi unsur bersekongkol⁷⁴ dan MMPT⁷⁵ dapat dikemukakan bahwa *pertama*, tindakan bekerja sama dilakukan dengan kesadaran untuk mencapai tujuan yang mengatur dan atau memenangkan peserta tender. *Kedua*, dalam definisi MMPT disebutkan bahwa untuk memenangkan tender dilakukan dengan perbuatan persekongkolan. Dengan demikian sama dengan analisis Pasal 22 UU No. 5/1999 diatas maka dalam analisis definisi ini juga terjadi keberhimpitan takrif (definisi) yaitu bahwa dalam kedua definisi yang menjadi 'sokoguru' adalah kerja sama dalam kategori perbuatan yang bersekongkol untuk mencapai tujuan mengatur dan atau memenangkan tender.

Setelah meng-kaji perkembangan putusan KPPU tahun 2007-2008 dalam analisis unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999 maka kita meng-kaji relevansi putusan-putusan KPPU dengan Keppres No. 80/2003. Relevansi ini berkaitan dengan upaya mengkaji kontribusi substansi putusan KPPU terhadap penyempurnaan Keppres No. 80/2003. Kontribusi menjadi langkah mengidentifikasi keterkaitan substansi UU No.5/1999 dengan Keppres No. 80/2003, khususnya Pasal 22 tentang persekongkolan tender yang digunakan untuk menilai penerapan Keppres No. 80/2003. *Pertama*, fenomena pinjam perusa-

Tabel 8
Bentuk Ketidapatuhan Panitia Tender Terhadap Keppres No. 80/2003

NO	PUTUSAN	BENTUK KETIDAKPATUHAN PANITIA TENDER
1.	Putusan Perkara No : 02/KPPU-L/2007	Panitia membuat kualifikasi sub bidang mekanikal elektrikal meskipun untuk peralatan gizi yang seharusnya masuk dalam kualifikasi sub bidang usaha peralatan kesehatan non medis. Selain itu panitia meluluskan peserta tender yang tidak mempunyai pengalaman pekerjaan pengadaan peralatan gizi.
2.	Putusan Perkara No : 03/KPPU-L/2007	Panitia menerapkan analisa harga satuan yang terdapat dalam Keppres No. 80/2003 dengan salah yaitu analisa harga satuan tidak dapat digunakan sebagai alasan untuk menggugurkan teknis pada evaluasi penawaran.
3.	Putusan Perkara No : 05/KPPU-L/2007	Panitia Tender tidak konsisten dalam menerapkan sistem evaluasi yang terdapat dalam RKS yaitu (i) evaluasi penawaran harga dilakukan terhadap penawaran yang lulus persyaratan administrasi dan teknis tetapi ada ketentuan dalam RKS yang menyatakan sistem <i>merit point</i> diterapkan pada evaluasi dokumen teknis dan penawaran harga; (ii) persyaratan <i>bid capacity</i> merupakan bagian dari dokumen administrasi tetapi pada saat evaluasi <i>bid capacity</i> memasukkannya dalam bagian penilaian pengalaman kerja yang termasuk dalam evaluasi dokumen teknis
4.	Putusan Perkara No : 06/KPPU-L/2007	Panitia Tender menggugurkan peserta tender karena peserta tender tersebut tidak memenuhi Kemampuan Dasar. Tetapi KPPU menemukan fakta bahwa peserta tender tersebut gugur dalam evaluasi kualifikasi karena meminta fee lebih besar kepada peserta tender yang lain yaitu sebesar 5%. Fee tersebut diminta oleh 'broker' yang melakukan praktik pinjam-meminjam perusahaan dan sebagai 'aktor intelektual' dalam mengatur atau menentukan pemenang tender.
5.	Putusan Perkara No : 08/KPPU-L/2007	Panitia tender tidak melakukan evaluasi secara teliti Dengan demikian terdapat pihak yang memasukkan lebih dari satu perusahaan dalam pelaksanaan tender. Selain itu akibat ketidaktehlian panitia tender maka ada perusahaan peserta tender yang mengajukan dokumen penawaran secara mirip dan sama antara yang satu dengan yang lain namun lolos dari evaluasi yang dilakukan oleh panitia.
6.	Putusan Perkara No : 11/KPPU-L/2007	Panitia tender melakukan tender ulang untuk memfasilitasi salah satu peserta tender untuk mendapatkan keuntungan yang berlebih (<i>excess margin</i>).
7.	Putusan Perkara No : 12/KPPU-L/2007	Panitia tender melakukan diskriminasi evaluasi dengan memberikan nilai lebih tinggi pada peserta tender terhadap dokumen yang sama yaitu surat pernyataan jaminan layanan purna jual. Selain itu panitia tender menggugurkan penawar terendah tanpa dasar yang cukup.
8.	Putusan Perkara No : 14/KPPU-L/2007	Panitia tender memfasilitasi salah satu peserta dalam bentuk meloloskannya meskipun ada kesalahan dokumen kualifikasi
9.	Putusan Perkara No : 15/KPPU-L/2007	Panitia lelang tidak konsisten dalam menerapkan dokumen lelang, bahwa peserta lelang dengan harga penawaran terendah digugurkan dalam evaluasi penawaran karena kesalahan pengetikan harga penawaran antara angka dan huruf. Dalam dokumen lelang dinyatakan bahwa apabila demikian maka yang digunakan adalah huruf
10.	Putusan Perkara No : 16/KPPU-L/2007	Tidak ditemukan
11.	Putusan Perkara No : 18/KPPU-L/2007	Panitia tidak konsisten dalam menerapkan sistem evaluasi dokumen yang seharusnya menggunakan evaluasi dengan sistem gugur tetapi evaluasi secara simultan untuk evaluasi administrasi, teknis dan harga penawaran.

haan. Dikatakan sebagai fenomena karena praktik pinjam perusahaan pada pelaksanaan tender bukan merupakan suatu 'keanehan', tetapi dari perspektif persaingan usaha oleh KPPU dinyatakan sebagai indikator adanya persekongkolan tender. Pinjam perusahaan sebagai indikator persekongkolan tender muncul pada putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007 dan putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007.

Dalam pelaksanaan tender sering ditemui praktik pinjam perusahaan sebagaimana dinyatakan PT Bhakti Wira Husada⁷⁶ sering dipinjam untuk mengikuti tender. Artinya dari temuan KPPU di wilayah DKI Jakarta praktik pinjam perusahaan untuk berpartisipasi dalam tender bukan hal yang aneh atau dipandang sebagai perbuatan melanggar hukum. Fenomena derivasi dari pinjam perusahaan adalah adanya *fee* bendera sebagai 'imbai jasa' dari peminjam kepada pihak yang meminjamkan perusahaan untuk ikut dalam tender (pemerintah). Menurut pengakuan PT Bhakti Wira Husada bahwa "pinjam meminjam perusahaan merupakan hal yang lazim termasuk pemberian *fee* sebesar 2-5% apabila menjadi pemenang".⁷⁷ Senada dengan putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007, KPPU pada putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007 menyatakan pada pertimbangan di bagian Tentang Duduk Perkara bahwa, "sistem pinjam perusahaan tidak dibenarkan dalam undang-undang, maka untuk menjamin legalitas dan sesuai dengan kewenangan yang tercantum dalam anggaran dasar perusahaan". Namun KPPU tidak menjelaskan undang-undang apakah yang dimaksud berkaitan dengan pinjam perusahaan.

Dalam konteks hukum persaingan usaha berkaitan dengan pinjam perusahaan, KPPU menyatakan "peminjaman perusahaan adalah suatu perbuatan yang tidak dapat dibenarkan karena dapat mengurangi persaingan serta menimbulkan kerugian bagi para pelaku usaha lain yang mengikuti proses tender sesuai dengan prosedur".⁷⁸ Fenomena pinjam meminjam perusahaan dalam tender, KPPU mengategorikan pinjam perusahaan yang dilakukan dapat menjadi indikator adanya persekongkolan horizontal dalam tender. Perlu diketengahkan pula *modus operandi* atau model pinjam perusahaan dalam tender yaitu [1] yang disebut sebagai pinjam bendera yaitu perusahaan yang dipinjam diikutsertakan dalam tender tanpa ada perubahan kepengurusan.⁷⁹ dan [2] pihak yang meminjam perusahaan diangkat menjadi pengurus perusahaan dilakukan dengan

atau tanpa pengesahan notaris.⁸⁰ Terdapat konsekuensi yang berbeda antara kedua model pinjam perusahaan tersebut yaitu model pertama yang melakukan penandatanganan dokumen (penawaran) tender tetap pemilik perusahaan 'asli'. Sementara itu model yang kedua, yang dapat melakukan penandatanganan dokumen tender adalah pihak atau individu yang meminjam perusahaan dan sudah didaftarkan sebagai pengurus perusahaan.

Perbedaan dari dua putusan KPPU yang menganalisis fenomena pinjam perusahaan adalah pada putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007 majelis komisi memberikan rekomendasi kepada Pemerintah Daerah Kota Bengkulu untuk melarang adanya pinjam meminjam perusahaan di antara pelaku usaha baik disahkan maupun tidak disahkan melalui Akta Notaris. Rekomendasi yang demikian tidak ditemukan pada putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007, padahal kalau dibuat rekomendasi seperti itu dapat mencegah praktik pinjam perusahaan dan bentuk solusi kebijakan yang mengedepankan penghormatan terhadap praktik tender yang sesuai dengan UU No. 5/1999 dan prinsip pengadaan barang yang terdapat dalam Keppres No. 80/2003. Dengan demikian dengan pemberian rekomendasi ke Pemda DKI Jakarta dapat memberikan teladan bagi pemerintah-pemerintah daerah untuk mencegah praktik pinjam perusahaan pada pelaksanaan tender.

Kedua, peran panitia tender dalam mengevaluasi dokumen tender. Panitia tender dalam putusan-putusan KPPU mempunyai peran dalam terjadinya pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 yaitu [1] ketidakpatuhan terhadap penerapan Keppres No. 80/2003 (*lihat tabel 8*) dan [2] terlibat dalam persekongkolan vertikal dengan peserta tender atau pihak lain yang terkait dengan proses tender. Pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 atau terjadinya persekongkolan tender dapat dihindari atau dicegah apabila pemilihan panitia tender mengacu pada Pasal 10 ayat (6) Keppres No. 80/2003,

Panitia berjumlah gasal beranggotakan sekurang-kurangnya tiga orang yang **memahami tata cara pengadaan, substansi pekerjaan/kegiatan yang bersangkutan** dan bidang lain yang diperlukan, baik dari unsur-unsur di dalam maupun dari luar instansi yang bersangkutan.

Mengacu pada persyaratan yang terdapat dalam Pasal 10 ayat (6) Keppres No. 80/2003, maka ketidakpatuhan panitia tender baik kesengajaan atau ketidak-tahuan terhadap tata cara pengadaan yang

diatur dalam Keppres No. 80/2003 dapat dihindari. Hal itu karena dalam Pasal 10 ayat (4) huruf d dan f Keppres No. 80/2003 menyatakan bahwa persyaratan menjadi panitia pengadaan adalah memahami isi dokumen pengadaan/metode dan prosedur pengadaan berdasarkan Keppres No. 80/2003 dan memiliki sertifikat keahlian pengadaan barang/jasa pemerintah. Dengan demikian menjadi janggal apabila panitia dengan kualifikasi persyaratan yang demikian masih belum memahami tata cara pengadaan, kecuali memang sudah ada motivasi awal untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender.

Dari hasil kajian terhadap putusan KPPU ditemukan ada korelasi antara tindakan panitia tender dengan terjadinya persekongkolan vertikal. Artinya bahwa ketidakpatuhan panitia tender terhadap Keppres No. 80/2003 dan Rencana Kerja dan Syarat-Syarat (RKS) atau dokumen lelang mengindikasikan adanya persekongkolan vertikal dalam hal panitia tender bersama-sama dengan peserta tender atau pihak lain yang terkait dengan proses tender bermaksud mengatur dan atau menentukan pemenang tender.

Ketiga, peran *aanwijzing* dalam tender dan keterkaitannya dengan persekongkolan tender adalah sebagai berikut [1] bahwa *aanwijzing* menjadi sarana untuk memberikan penjelasan mengenai RKS (Rencana Kerja dan Syarat-syarat) maupun yang berkaitan dengan pelaksanaan tender. Dengan demikian dalam pelaksanaan tender yakni dalam hal melakukan evaluasi dokumen penawaran harus mengacu pada RKS atau forum *aanwijzing* yang ditertuang dalam Berita Acara *Aanwijzing*. Apabila terjadi perubahan maka harus dituangkan dalam *addendum* dan disebutkan dalam Berita Acara *Aanwijzing*⁸¹, [2] Panitia telah melakukan penjelasan berkaitan dengan dokumen tender, khususnya tentang masa berlakunya penawaran dan masa jaminan penawaran, putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2007, Bahwa menurut panitia, hasil rapat penjelasan menyetujui perusahaan yang berminat ikut serta dalam proses tender dapat menyewa kapal keruk jenis Hopper dengan memberikan bukti surat dukungan dari pemilik kapal. Selain itu, bahwa perubahan atas persyaratan kepemilikan kapal keruk jenis Hopper tidak dinyatakan secara tertulis dalam Berita Acara *aanwijzing*.⁸² [3] Dalam *aanwijzing* panitia tidak mengumumkan nilai Harga Perkiraan Sendiri (HPS) kepada peserta tender dan

tidak mencantumkan nilai HPS pada *addendum* RKS setelah *aanwijzing*,⁸³ [4] Bahwa terdapat peserta yang tidak mengikuti *aanwijzing* tetapi terdapat tanda tangan dalam daftar hadir *aanwijzing*, hal tersebut disebabkan adanya kesengajaan dari panitia tender untuk tidak memeriksa personil yang mewakili perusahaan dalam mengikuti tender.⁸⁴ Meskipun dalam Keppres No. 80/2003 menyatakan bahwa ketidakhadiran penyedia barang/jasa pada saat penjelasan lelang tidak dapat dijadikan dasar untuk menolak/menggugurkan penawaran.⁸⁵ Hal yang perlu dilihat dalam kasus tersebut adalah ketidaktelitian panitia yang tidak memeriksa wakil perusahaan yang tidak hadir namun dapat membubuhkan tanda tangan dalam daftar hadir; [5] Dalam Berita Acara *Aanwijzing* tidak dicantumkan tentang nama pemilik pekerjaan walaupun dalam *aanwijzing* dijelaskan oleh panitia tender tentang nama pemilik pekerjaan sesuai dengan Perpres No. 08/2006 yaitu Pejabat Pembuat Komitmen.⁸⁶

Ketiga hal dalam pelaksanaan tender yang terkait dengan Pasal 22 UU No. 5/1999 memunculkan pertanyaan 'klasik' bagi penegakan hukum Keppres No. 80/2003 yaitu apakah penyimpangan dalam pelaksanaan Keppres dapat digunakan untuk melakukan tender ulang, mengevaluasi pelaksanaan tender, atau menjadi 'bukti permulaan' yang cukup? Kendala yang tersirat dalam pertanyaan tersebut adalah sulitnya melakukan penegakan hukum Keppres No. 80/2003 apabila ditemukan pelanggaran prinsip-prinsip pengadaan barang/jasa atau ketentuan yang terdapat di dalamnya, kecuali dalam hal terindikasi adanya tindak pidana korupsi. Dengan demikian putusan-putusan KPPU yang di dalam substansinya terdapat 'koreksi' atas pelaksanaan Keppres No. 80/2003 menjadi langkah untuk mencari tahu kelemahan pelaksanaan dan melakukan upaya penyempurnaan terhadapnya.

Satu hal yang menarik dalam putusan KPPU tentang persekongkolan tender adalah pemberian sanksi dengan potensi eksekusi akibat penyalah-persepsian atas sanksi tersebut. Dalam putusan KPPU, KPPU selalu menghukum peserta tender yang terbukti melakukan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 dengan melarang untuk tidak mengikuti tender di seluruh instansi pemerintah dimana peserta melakukan persekongkolan selama dua tahun sejak putusan berkekuatan hukum tetap. Diktum putusan KPPU seperti ini membuka peluang terjadinya 'patologi persekongkolan' di tempat lain. Artinya

bahwa peserta tender yang dilarang untuk mengikuti tender di lokasi terjadinya persekongkolan tender masih mempunyai kesempatan mengikuti tender ditempat lain. Kesempatan mengikuti tender di tempat lain menjadi keniscayaan penyebaran 'virus persekongkolan'.

Kesimpulan

Persekongkolan tender yang termuat dalam putusan-putusan KPPU telah membahani pengembangan hukum persaingan usaha berkaitan dengan interpretasi Pasal 22 UU No. 5/1999. Selama kurang lebih delapan tahun, putusan-putusan KPPU didominasi oleh penilaian KPPU atas perkara persekongkolan tender, dimana dari hasil kajian ini ditemukan terdapat tiga fase perkembangan. *Pertama*, perkembangan awal, dimana KPPU melakukan 'trial & error' dengan usahanya mengeksplorasi dan menerapkan konsep yang berkaitan dengan persekongkolan tender. Eksplorasi dan penerapan konsep terjadi diawali dengan menganalisis unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999, bahkan pada tahap ini KPPU berani membuat interpretasi terhadap Pasal 22 UU No. 5/1999 berkaitan dengan definisi unsur bersekongkol dan mengatur dan/atau menentukan pemenang tender (MMPT).

Kedua, fase Pedoman Pasal 22 (PP 22). Fase ini merupakan formulasi atas pergumulan eksplorasi konsep pada rentang waktu sebelum tahun 2005. KPPU dengan PP 22 berusaha membuat interpretasi formal atas Pasal 22 UU No. 5/1999 sekaligus sebagai upaya memedomani penilaian atas kasus-kasus persekongkolan tender. Dari hasil kajian ini ditemukan bahwa KPPU pasca tahun 2006 dengan konsisten menerapkan substansi PP 22, khususnya berkaitan dengan elaborasi unsur-unsur Pasal 22 UU No. 5/1999. *Ketiga*, bahwa KPPU mempertimbangkan keterkaitan antara Pasal 22 UU No. 5/1999 dengan penerapan Keppres No. 80/2003 ketika melakukan penilaian ada atau tidak adanya persekongkolan tender. Fase ketiga ini menjadi tantangan bagi pemerintah Indonesia untuk menyempurnakan peraturan yang mengatur tentang tender sebagai bentuk antisipasi terjadinya persekongkolan tender.

Dalam pelaksanaan tugas KPPU dalam melakukan penilaian perkara persekongkolan tender sudah terjadi terobosan hukum yang berkaitan dengan penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999. Penerapan dimaksud adalah usaha awal KPPU untuk

menginterpretasikan Pasal 22 UU No. 5/1999 yang masih umum dan *absurd* untuk diterapkan dalam kasus-kasus konkrit. Selain itu, terobosan hukum ini tidak hanya memberikan kontribusi bagi pengembangan hukum persaingan usaha tetapi dalam konteks persekongkolan tender mempunyai potensi mengevaluasi Keppres No. 80/2003. Evaluasi Keppres menjadi upaya mengkritisi potensi kelemahan yang terkandung dalam penerapan atau penegakan ketentuan yang terdapat di dalamnya.

Daftar Pustaka

- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 1988.
- Robert Lane, EC Competition Law, Pearson Education Limited, England, 2000.
- US Department of Justice, Price Fixing & Bid Rigging – They Happen: What They Are and What to Look for, www.usdoj.gov
- Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- KPPU, Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender – Berdasarkan UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, KPPU RI, 2005.
- Putusan KPPU No. 01/KPPU-L/2000.
- Putusan KPPU No. 02/KPPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 03/KPPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 11/KPPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 12/KKPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 14/KPPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 15/KPPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 16/KPPU-L/2007.
- Putusan KPPU No. 18/KPPU-L/2007.
- UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- Yakub Adi Krisanto, Karakteristik Putusan-Putusan KPPU Tentang Persekongkolan Tender (Suatu Analisis Terhadap Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 Dalam Putusan KPPU), PPS MH Universitas Pelita Harapan, 2008.
- Yakub Adi Krisanto, Prinsip Rule of reason dan Per Se Rule Dalam Hukum Persaingan di Indonesia, Gorja Juris Volume 3, No. 2 Juli – Desember 2003.

Catatan Kaki

- * Penulis adalah dosen Fakultas Hukum UKSW Salatiga
- 1 Yakub Adi Krisanto, Karakteristik Putusan-Pu-

- tusan KPPU Tentang Persekongkolan Tender (Suatu Analisis Terhadap Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 Dalam Putusan KPPU), PPS MH Universitas Pelita Harapan, 2008.
- 2 *Ibid.*
 - 3 Sampai dengan tahun 2002, KPPU dalam putusan-putusan tentang persekongkolan tender masih menggunakan definisi persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999. Namun setelah Putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002, KPPU dalam melakukan penilaian kasus-kasus pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 menggunakan definisi persekongkolan tender Putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002 (*Ibid.*).
 - 4 Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.
 - 5 Putusan KPPU No. 01/KPPU-L/2000.
 - 6 Yakub Adi Krisanto, Prinsip Rule of reason dan Per Se Rule Dalam Hukum Persaingan di Indonesia, *Goria Juris* Volume 3, No. 2 Juli – Desember 2003.
 - 7 US Department of Justice, Price Fixing & Bid Rigging – They Happen: What They Are and What to Look for, www.usdoj.gov
 - 8 Robert Lane, *EC Competition Law*, Pearson Education Limited, England, 2000, hal. 85.
 - 9 Yakub Adi Krisanto, *op.cit.*
 - 10 *Ibid.*
 - 11 *Ibid.*
 - 12 *Ibid.*
 - 13 *Ibid.*
 - 14 *Ibid.*
 - 15 Putusan KPPU No. 03/KPPU-I/2002
 - 16 Yakub Adi Krisanto, *op.cit.*
 - 17 Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, 1988. hal. 332.
 - 18 Pasal 23 UU No. 5/1999.
 - 19 Pasal 24 UU No. 5/1999.
 - 20 KPPU, Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender – Berdasarkan UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, KPPU RI, 2005. Kur-sif oleh penulis.
 - 21 *Ibid.*
 - 22 *Ibid.*
 - 23 *Ibid.*
 - 24 Penerapan klasifikasi persekongkolan (dalam) tender di PP 22 dalam putusan-putusan KPPU apabila melihat waktu terbitnya PP 22 yaitu bulan Juli 2005, sedangkan putusan-putusan yang memuat klasifikasi diputuskan pada tanggal 1 Juni 2006 (putusan KPPU No. 16/KPPU-L/2005) dan 18 Juli 2006 (putusan KPPU No. 22/KPPU-L/2005.
 - 25 Yakub Adi Krisanto, *loc.cit.*
 - 26 Putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2004.
 - 27 Inkonsistensi dimaksud adalah menerapkan ke-tentuan yang menguntungkan peserta tender yang sudah direncanakan sebagai pemenang tender, namun tidak menerapkan ketentuan yang merugikan dan/atau menggagalkan calon pemenang yang diharapkan.
 - 28 Yakub Adi Krisanto, *op.cit.*
 - 29 Putusan-putusan KPPU tersebut antara lain putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2004, Putusan KPPU No. 01/KPPU-L/2005, Putusan KPPU No. 04/KPPU-L/2005.
 - 30 Yakub Adi Krisanto, *op.cit.*
 - 31 KPPU, *loc.cit.*
 - 32 Kursif oleh penulis.
 - 33 KPPU menilai pelaksanaan tender Peralatan Gizi Tahun 2006 di RSUD A. Wahab Sjahranie.
 - 34 KPPU menilai pelaksanaan tender Pembangunan Gedung Kantor Pengadilan Negeri di Padangsi-dimpuan, Sumatera Utara Tahun 2006.
 - 35 KPPU menilai pelaksanaan tender Pekerjaan Pengerukan Alur Pelayaran Pelabuhan Belawan.
 - 36 KPPU menilai pelaksanaan tender Alat Pembasmi/Penyemprot Nyamuk (mesin fogging) di DKI Jakarta.
 - 37 KPPU menilai pelaksanaan tender Peralatan di Dinas Pertamanan dan Pemakaman Kota Bengkulu.
 - 38 KPPU menilai pelaksanaan tender Pekerjaan Peningkatan Jalan Maccopo – Labessi di Kabupaten Soppeng – Sulawesi Selatan Tahun 2006.
 - 39 KPPU menilai pelaksanaan tender Alat Kesehatan Penunjang Pukesmas Dinas Kesehatan Kabupaten Sukabumi.
 - 40 KPPU menilai pelaksanaan tender 13 (tiga belas) Paket Pekerjaan Pembangunan Jalan Proyek Multi Years Kabupaten Siak Tahun 2006.
 - 41 KPPU menilai pelaksanaan tender Pembangunan Mall di Kota Prabumulih.
 - 42 KPPU menilai pelaksanaan tender Pupuk PMLT (Pupuk Majemuk Lengkap Tablet), Herbisida dan Bibit Tanaman Karet di Dinas Perkebunan Kabupaten Banjar Tahun 2006.
 - 43 KPPU menilai pelaksanaan tender Paket Pengadaan TV Pendidikan Propinsi Sumatera Utara.
 - 44 Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender Berdasarkan UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, KPPU RI, 2006.
 - 45 Majelis Komisi yang memeriksa perkara ini adalah Benny Pasaribu, Ph.D., Ir. Tadjjudin Noer Said, dan Yoyo Arifardhani, SH., MM., LL.M.
 - 46 Majelis Komisi yang memeriksa perkara ini adalah DR. A.M Tri Anggraini, SH., MH., Prof. DR. Ir. H. Ahmad Ramadhan Siregar, M.S. dan Ir. Dedie S. Martadisastra, SE., MM. Terdapat putusan sejenis yang tidak termasuk putusan yang dikaji dalam tulisan ini yaitu putusan KPPU No. 04/KPPU-L/2007.

- 47 Yakub Adi Krisanto, *Karakteristik Putusan-Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender (Suatu Analisis terhadap Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 Dalam Putusan KPPU)*, thesis Program Pascasarjana Magister Hukum Universitas Pelita Harapan (UPH) Jakarta, 2008.
- 48 Majelis Komisi yang memeriksa perkara ini adalah Ir. M. Nawir Nessi, M.Sc., DR. Tri A.M. Anggraini, SH., MH., Prof. DR. Ir. Ahmad Ramadhan Siregar, M.Sc.
- 49 Majelis Komisi yang memeriksa perkara ini adalah Benny Pasaribu, Ph.D, Ir. Tadjoeddin Noer Said, Yoyo Arifardhani, SH., MM., LL.M.
- 50 Majelis Komisi yang memeriksa perkara ini adalah DR. Sukarmi, SH., MH., Erwin Syahril, SH., Ir. Dedie S. Martadisastra, SE., MM.
- 51 Majelis Komisi yang memeriksa perkara ini adalah DR. Tri A.M. Anggraini, SH., MH., Prof. DR. Ir. Ahmad Ramadhan Siregar, M.Sc., Ir. Dedie S. Martadisastra, SE., MM.
- 52 Majelis Komisi yang memeriksa perkara ini adalah DR. Sukarmi, SH., MH., Erwin Syahril, SH., Ir. M. Nawir Nessi, M.Sc.
- 53 Majelis Komisi yang memeriksa perkara ini adalah Prof. Tresna P. Soemardi, H. Didik Akhmadi, Ak, M.Comm., DR. Tri A.M. Anggraini, SH.
- 54 Putusan KPPU No. 03/KPPU-L/2007. Indikator penyesuaian harga penawaran adalah selisih harga penawaran peserta tender yang berasal dari satu asosiasi selisihnya antara 0,4 – 1,72%. Sedangkan pengaturan dokumen penawaran diindikasikan dengan alamat yang sama dan kwitansi pembelian obyek (mobil) yang sama.
- 55 Putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007.
- 56 Putusan KPPU No. 11/KPPU-L/2007.
- 57 *Ibid.*
- 58 Putusan KPPU No. 03/KPPU-L/2007. Panitia tidak membuat addendum Dengan demikian PT Adhikarya Tehnik tetap mengacu pada jaminan penawaran sebelum aanwijzing. KPPU dalam mengkaji fakta ini menggunakan Lampiran Bab I huruf A angka 1 huruf d angka 16 Keppres No. 80/2003. Dan khusus untuk koefisien harga satuan, KPPU mengacu pada Lampiran I Bab II huruf A angka 1 huruf f angka 9 Keppres No. 80/2003 yang menyatakan bahwa analisa harga satuan tidak dapat digunakan sebagai alasan untuk menggugurkan teknis pada evaluasi penawaran.
- 59 Putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2007. Persyaratan tersebut dicantumkan dalam RKS yang dibuat Panitia Tender yaitu antara lain (i) membuat persyaratan kepemilikan kapal keruk jenis Hopper, (ii) membuka kesempatan bagi perusahaan asing yang ingin mengikuti tender untuk melakukan joint operation (JO) dengan perusahaan nasional yang memiliki klasifikasi dan kualifikasi yang sesuai dan perusahaan nasional sebagai leader, (iii) mensyaratkan peserta tender harus memiliki nilai bid capacity minimal 25% dari harga penawaran.
- 60 Putusan KPPU No. 11/KPPU-L/2007.
- 61 Putusan KPPU No. 14/KPPU-L/2007.
- 62 Putusan KPPU No. 02/KPPU-L/2007 dan Putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007. Kriteria ini meski dinyatakan sebagai gabungan tetapi elaborasinya merupakan persekongkolan horizontal.
- 63 *Ibid.*
- 64 *Ibid.* Dalam hal ini, Panitia membuat kualifikasi sub bidang mekanikal elektrikal untuk peralatan gizi yang seharusnya masuk sub bidang usaha peralatan kesehatan non medik. KPPU mengelaborasi fakta tersebut dalam bentuk gabungan persekongkolan dengan memasukkannya pada elaborasi persekongkolan vertikal.
- 65 *Ibid.*
- 66 *Ibid.*
- 67 Putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007. Fakta tersebut mengakibatkan Panitia Tender melakukan 'diskriminasi' bagi peserta tender yaitu ada peserta tender yang mencantumkan Panitia Pengadaan sebagai pemilik pekerjaan digugurkan (CV Sinar Bhakti dan CV Lisma) tetapi peserta tender yang lain yang juga mencantumkan Panitia Pengadaan sebagai pemilik pekerjaan diluluskan (CV Arma Putra). Meski KPPU mengkategorikan tindakan tersebut sebagai gabungan persekongkolan tetapi dalam elaborasi persekongkolan vertikal.
- 68 *Ibid.*
- 69 Putusan KPPU No. 12/KKPU-L/2007. Meski termasuk kategori gabungan persekongkolan tetapi dielaborasi sebagai persekongkolan horizontal.
- 70 *Ibid.*
- 71 *Ibid.* Dielaborasi sebagai persekongkolan vertikal.
- 72 *bid.*
- 73 Yakub Adi Krisanto, *loc.cit.*
- 74 Definisinya adalah kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif sapa pun dan dengan cara apa pun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.
- 75 Definisinya adalah suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekol 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 tehnik, keuangan, spesifikasi, proses tender dan sebagainya.
- 76 Terlapor I dalam putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007.
- 77 Putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007.
- 78 Putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007.
- 79 *Ibid.*
- 80 Putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007.
- 81 Putusan KPPU No. 12/KPPU-L/2007.
- 82 Putusan KPPU No. 03/KPPU-L/2007.
- 83 Putusan KPPU No. 18/KPPU-L/2007.
- 84 Putusan KPPU No. 06/KPPU-L/2007.
- 85 Bab II huruf A angka 1 huruf d angka 2 Lampiran Keppres No. 80/2003.
- 86 Putusan KPPU No. 08/KPPU-L/2007.