

## IMPLEMENTASI PASAL 22 UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999 DALAM SENGKETA PERSEKONGKOLAN TENDER PENGADAAN BARANG PEMERINTAH DI NUSA TENGGARA BARAT

**Zainal Asikin**

Universitas Mataram, Lombok, Indonesia  
E-mail: asikinzainal@yahoo.com

**Abdul Atsar**

Universitas Mataram, Lombok, Indonesia  
E-mail: abdulatsar@unram.ac.id

**Zunnuraeni**

Universitas Mataram, Lombok, Indonesia  
E-mail: zunnuraeni17@unram.ac.id

### **ABSTRAK**

Penelitian ini bertujuan untuk mengkaji penerapan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 terkait dugaan persekongkolan tender yang dilakukan oleh pelaku usaha dalam pengadaan barang pemerintah di Provinsi Nusa Tenggara Barat, serta akibat hukum dari adanya persekongkolan tender tersebut. Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis empiris, yang didukung oleh pendekatan perundang-undangan, konseptual, dan studi kasus. Sumber data yang digunakan adalah data primer dan sekunder, dengan metode analisis deskriptif kualitatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa pengadaan barang pemerintah di Provinsi Nusa Tenggara Barat telah sesuai dengan ketentuan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan telah menerapkan prinsip-prinsip persaingan usaha sehat, yaitu efisien, efektif, terbuka dan kompetitif, transparan, adil/tidak diskriminatif, serta akuntabel. Akibat hukum dari persekongkolan tender dalam pengadaan barang pemerintah dapat berupa sanksi pembatalan penawaran, pencairan jaminan penawaran dan penyetorannya ke kas negara, serta usulan penetapan daftar hitam kepada kuasa pengguna anggaran.

**Kata Kunci:** *persekongkolan; tender; pengadaan*

### **ABSTRACT**

*The purpose of the research is to examine the implementation of article 22 of law no. 5 of 1999, related to the tender conspiracy carried out by business actors in the procurement of government goods in west nusa tenggara and the legal consequences of the existence of tender conspiracy in the procurement of government goods. The research approach used in this research is empirical juridical research. legislative approach, conceptual and case approach. in this study, primary and secondary data sources were used. the method of analysis is a qualitative description method. The results of the study that the government procurement of goods in west nusa tenggara is in accordance with article 22 of law no. 5 of 1999 and has applied the principles of business competition, namely efficient, effective, open and competitive, transparent, fair/non-discriminatory, and accountable. the juridical consequences of the tender conspiracy in the procurement of government goods will be subject to sanctions in the form of cancellation of bids, disbursement of bid guarantees and deposited in the state treasury, as well as the proposed imposition of a black list on the budget user proxy.*

**Kata Kunci:** *conspiracy; tender; procurement.*

## A. PENDAHULUAN

Persaingan selalu diartikan sebagai tindakan individual yang mementingkan diri sendiri. Dengan mementingkan diri sendiri, seseorang yang bersaing dapat menghalalkan segala cara untuk memakmurkan atau memuaskan dirinya. Persaingan merupakan suatu kondisi yang selalu lekat dengan karakteristik manusia, dimana manusia selalu memiliki kecenderungan untuk saling mengungguli manusia lain dalam banyak hal.<sup>1</sup> Persaingan usaha dapat dilakukan dengan cara bersekongkol sedangkan menurut Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 menyatakan: “pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Ketentuan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XIV/2016 sebagai berikut:

*“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pelaku usaha lain dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat”.*

Adapun persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur yakni dapat terlihat pada saat pelaku usaha yang satu dengan yang lainnya melakukan persaingan. Dapat dicontohkan yaitu misalkan di suatu persaingan untuk memenangkan peserta tender, salah satu peserta telah melakukan konspirasi usaha dengan panitia lelang agar mendapatkan tender tersebut. Sehingga pelaku usaha yang lain tidak dapat kesempatan untuk mendapatkan tender tersebut.<sup>2</sup> Terdapat 3 (tiga) bentuk persekongkolan yang dilarang oleh Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 yakni antara lain:

- a. Persekongkolan tender terdapat dalam Pasal 22;
- b. Persekongkolan yang dapat membocorkan rahasia dagang terdapat dalam Pasal 23;
- c. Persekongkolan untuk memperlambat perdagangan terdapat dalam Pasal 24.<sup>3</sup>

Berdasarkan Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tersebut dinyatakan bahwa unsur bersekongkol tersebut antara lain dapat berupa:

- a. Kerja sama antara dua pihak atau lebih;
- b. Secaraterang-teranganmaupundiam-diammelakukantindakanpenyesuaiandokumendengan 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.

Praktek kecurangan di dalam proses tender dalam penyelenggaraan pengadaan barang/jasa pemerintah dapat berupa persekongkolan. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai pengawas persaingan usaha berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat memiliki tugas di antaranya mengawasi larangan persekongkolan dalam tender sebagaimana diatur Pasal 22

<sup>1</sup>Fauzi, Ahmad. (2021). Pengawasan Praktek Monopoli Sebagai Bentuk Persaingan Usaha Tidak Sehat, *De Lega Lata: Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 6 (2), 397

<sup>2</sup>Savitri D., I Gusti Agung Ayu Istri Ngurah Intan dan I Made Sarjana. (2021). Penyelesaian Terhadap Persekongkolan Tender di Dalam Suatu Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, *Jurnal Kertha Semaya*, 9 (4), 607.

<sup>3</sup>*Ibid.*, hlm. 605

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Salah satu diantaranya adalah memutus pelanggaran persekongkolan tender pengadaan barang pemerintah, yang sudah diputus KPPU dengan Putusan KPPU No. 35 KPPU-I-2020.

Rumusan masalah dalam penelitian ini adalah bagaimana implementasi Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, terkait persekongkolan tender yang dilakukan oleh para pelaku usaha dalam pengadaan barang pemerintah di Nusa Tenggara Barat (Studi Putusan Putusan Perkara No. 35-KPPU-I-2020) dan akibat hukum dari adanya persekongkolan tender dalam pengadaan barang Pemerintah.

## B. METODE PENELITIAN

Pendekatan penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian yuridis empiris, yaitu penelitian dengan adanya data-data di lapangan sebagai sumber data utama, seperti hasil wawancara dengan Pelaku Usaha di Lombok Tengah dan observasi dilakukan secara tidak langsung melalui studi dokumentasi. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) digunakan untuk memahami aturan-aturan tentang hukum persaingan usaha lebih khususnya dalam tender dan Pendekatan kasus (*case approach*) digunakan untuk memahami fakta-fakta yang terjadi sehingga dijadikan dasar pertimbangan hakim dalam Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 35-KPPU-I-2020. Dalam penelitian ini, dipergunakan adalah sumber data primer dan sekunder, yang terdiri dari:

1. bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, yang terdiri dari peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, dan traktat. Bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian ini adalah peraturan perundang-undangan nasional yang terkait objek penelitian ini.
2. bahan hukum sekunder, yaitu semua bahan hukum yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer. Meliputi jurnal, buku-buku referensi, hasil karya ilmiah para sarjana, hasil-hasil penelitian ilmiah yang mengulas mengenai masalah hukum yang diteliti dengan mengikutsertakan ilmu-ilmu sosial yang lain. Bahan hukum sekunder yang terutama adalah buku-buku hukum termasuk tesis, dan disertasi hukum, penjelasan Undang-Undang dan jurnal-jurnal hukum.<sup>4</sup>
3. bahan hukum tersier, yaitu semua bahan hukum yang memberikan petunjuk/penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder. Meliputi bahan dari media internet, kamus, artikel pada jurnal atau surat kabar.

Untuk memperoleh data yang relevan dengan permasalahan yang diteliti, dikaitkan dengan jenis penelitian hukum yang bersifat kualitatif, maka teknik pengumpulan data diawali dengan penelusuran peraturan perundang-undangan dan dokumen-dokumen yang dianggap relevan dengan pokok permasalahan yang diteliti, kemudian dilanjutkan dengan pengkajian terhadap permasalahan yang diteliti dengan cara menganalisis peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap dalam hal ini putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

Metode analisis dalam penelitian ini, penulis menggunakan metode deskripsi kualitatif, yaitu data yang diperoleh dari studi kepustakaan, setelah itu diseleksi berdasarkan permasalahan yang dilihat dengan ketentuan yang berlaku, kemudian disimpulkan sehingga diperoleh jawaban permasalahan.

## C. PEMBAHASAN

### 1. Implementasi Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, Terkait Persekongkolan Tender Yang Dilakukan Oleh Para Pelaku Usaha Dalam Pengadaan Barang Pemerintah

---

<sup>4</sup>Suratman dan H. Phillips Dillah. (2012). *Metode Penelitian Hukum*, Bandung: Alfa Beta, 155.

**di Nusa Tenggara Barat (Studi Putusan Putusan Perkara No. 35-KPPU-I-2020)**

Pengadaan barang/jasa adalah kegiatan untuk memperoleh barang/jasa oleh Kementrian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah/Institusi lainnya yang prosesnya dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh barang/jasa. Pengadaan barang dan jasa (*procurement*) perlu diprogramkan oleh pemerintah atau institusi swasta dikarenakan adanya kebutuhan akan suatu barang atau jasa, mulai dari Alat Tulis Kantor (ATK), obat untuk kebutuhan puskesmas dan rumah sakit, bahan bakar kendaraan milik pemerintah, peralatan sekolah, perlengkapan perang untuk instansi militer, perangkat ringan atau berat untuk perumahan, pembangunan, untuk jasa konsultasi serta kebutuhan jasa lainnya. Pengadaan barang dan jasa tersebut diikat dengan sebuah kontrak antara pemerintah (Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah) sebagai pihak Pengguna dan perusahaan (baik milik negara atau swasta) bahkan perorangan sebagai Penyedia.

Pengadaan barang/jasa pada hakikatnya adalah upaya pihak pengguna untuk mendapatkan atau mewujudkan barang/jasa yang dibutuhkannya, dengan menggunakan metode dan proses tertentu agar dicapai kesepakatan spesifikasi, harga, waktu, dan kesepakatan lainnya. Agar tujuan dari pengadaan barang/jasa tersebut dapat dilaksanakan sebaik-baiknya, maka kedua belah pihak yaitu pihak Pengguna dan Penyedia haruslah selalu berpatokan kepada filosofi pengadaan barang/jasa, tunduk kepada etika dan norma pengadaan barang/jasa yang berlaku, mengikuti prinsip-prinsip, metode dan proses pengadaan barang dan jasa yang baku.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 melarang perbuatan pelaku usaha yang bertujuan menghambat atau bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat, antara lain seperti pembatasan akses pasar, kolusi, dan tindakan lain yang bertujuan untuk menghilangkan persaingan. Tindakan lain yang dapat berakibat terjadinya persaingan usaha tidak sehat adalah tindakan persekongkolan untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sebagaimana diatur dalam Pasal 22.

Penyelenggaraan pengadaan barang dan jasa yang tidak sehat akan berdampak buruk dan mengakibatkan kerugian bagi para pihaknya, serta yang lebih luas lagi akan mengakibatkan kerugian bagi masyarakat karena rendahnya kualitas pelayanan yang diterima masyarakat dari pemerintah, yang diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah di Indonesia.

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 melarang segala perbuatan pelaku usaha yang bertujuan untuk menghambat dan bertentangan dengan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat, seperti pembatasan akses pasar, KKN, serta tindakan lain yang tujuannya menghilangkan persaingan, salah satunya tindakan persekongkolan untuk menentukan pemenang. Hal lain yang perlu diperhatikan didalam pengadaan barang dan Jasa adalah kemungkinan terjadinya persekongkolan didalam proses tender tersebut.

Berdasarkan penjelasan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, tender merupakan penawaran untuk mengajukan harga atas suatu pekerjaan, untuk melakukan pengadaan barang-barang atau untuk menyediakan jasa, sehingga dapat dijabarkan bahwa pengertian tender dapat mencakup;

- a. Memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan;
- b. Mengadakan Barang atau jasa;
- c. Membeli suatu barang/jasa;
- d. Menjual barang/jasa.

Berdasarkan definisi tersebut, tender dapat dilakukan melalui: a. Tender Terbuka; b. Tender Terbatas; c. Pelelangan Umum; dan d. Pelelangan Terbatas. Pada pengadaan barang/jasa terdapat prinsip-prinsip yang harus diutamakan oleh semua pelaku pengadaan, prinsip-prinsip

tersebut yaitu; (1) efisien, (2) efektif, (3) terbuka dan bersaing, (4) transparan, (5) adil/tidak diskriminatif, dan (6) akuntabel.

Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa: “Pelaku Usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan menentukan pemenang tender, sehingga menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.” Sehingga dapat dijabarkan unsur-unsurnya sebagai berikut

- 1) Unsur Pelaku Usaha Pelaku usaha dijelaskan didalam Pasal 1 angka 5, yang isinya bahwa pelaku usaha adalah “Setiap Orang perorangan atau badan usaha, baik yang bentuknya badan hukum atau non badan hukum, yang didirikan dan berkedudukan serta melakukan kegiatan dalam wilayah hukum Negara Kesatuan Republik Indonesia, baik sendiri ataupun bersama-sama melalui perjanjian, melakukan kegiatan di bidang ekonomi;
- 2) Unsur Bersekongkol Unsur bersekongkol dapat berupa, kerjasama antara dua pihak atau lebih, secara terang-terangan atau diam diam melakukan tindakan pengubahan/penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya, membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan, menciptakan persaingan semu, memfasilitasi/menyetujui persekongkolan, tidak menolak melakukan suatu perbuatan meskipun mengetahui adanya tindakan untuk mengatur pemenang, pemberian kesempatan eksklusif oleh penyenggaran tender atau pihak terkait baik secara langsung ataupun tidak langsung secara melawan hukum kepada pelaku usaha.
- 3) Unsur Pihak Lain Pihak lain adalah para pihak baik yang hubungannya secara horizontal atau vertikal yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan, baik sebagai pelaku usaha peserta tender atau subjek hukum lainnya yang terkait.
- 4) Unsur Mengatur dan Menentukan Pemenang Tender Mengatur dan menentukan pemenang tender merupakan perbuatan oleh para pihak yang terlibat dalam proses tender, bersekongkol dengan tujuan untuk menyingkirkan pesaingnya atau memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Cara tersebut dilakukan dengan hal penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, spesifikasi, proses tender dan sebagainya.

Unsur Persaingan Usaha Tidak Sehat Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah Persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya dengan cara tidak jujur/ melawan hukum dan mengakibatkan hambatan dalam persaingan usaha. Adanya unsur pihak lain, menunjukkan bahwa persekongkolan akan melibatkan lebih dari satu pelaku usaha, baik itu secara Horizontal ataupun Vertikal. Persekongkolan Tender sendiri terdiri dari 3 jenis, yaitu Persekongkolan Horizontal, Persokongkolan Vertikal, Persekongkolan Vertikal dan Horizontal. Pengadaan Barang/Jasa menerapkan prinsip sebagai berikut:

1. Efisien, berarti Pengadaan Barang/Jasa harus diusahakan dengan menggunakan dana dan daya yang minimum untuk mencapai kualitas dan sasaran dalam waktu yang ditetapkan atau menggunakan dana yang telah ditetapkan untuk mencapai hasil dan sasaran dengan kualitas yang maksimum. Langkah-langkah yang perlu dilakukan agar Pengadaan Barang/Jasa efisien adalah:
  - a. Identifikasi kebutuhan dengan tepat untuk memastikan Pengadaan Barang/Jasa sesuai dengan kebutuhan instansi pemerintah;
  - b. Dalam proses pemilihan penyedia barang/jasa harus diterapkan prinsip-prinsip dasar lainnya;
  - c. HPS (Harga Perkiraan Sendiri) disusun berdasarkan keahlian dari sumber informasi dapat dipertanggungjawabkan;
  - d. Penetapan metode pemilihan harus dilakukan secara tepat sesuai kondisi yang ada. Kesalahan penetapan metode pemilihan dapat mengakibatkan pemborosan biaya dan waktu;
  - e. Evaluasi terhadap seluruh penawaran untuk mendapatkan value for money yang terbaik;
  - f. Perhitungan prestasi pekerjaan harus sesuai dengan pekerjaan terpasang yang dapat diterima agar tidak menimbulkan kelebihan pembayaran.

Contoh pengadaan yang efisien namun tidak terbatas pada: Suatu Kecamatan di Provinsi Jaya Raya membutuhkan 1 (satu) unit kendaraan operasional dalam kota, dibutuhkan paling lambat 30 Agustus 2018 dengan pagu anggaran Rp. 350 juta. Ada beberapa pilihan metode pemilihan yang akan digunakan yaitu *epurchasing*, tender cepat dan tender. Maka metode pemilihan yang lebih efisien untuk pengadaan kendaraan tersebut adalah *epurchasing*.

2. Efektif, berarti Pengadaan Barang/Jasa harus sesuai dengan kebutuhan dan sasaran yang telah ditetapkan serta memberikan manfaat yang sebesar-besarnya. Langkah langkah mendorong pengadaan yang efektif:
  - a. Identifikasi kebutuhan dengan tepat untuk memastikan Pengadaan Barang/Jasa sesuai dengan kebutuhan instansi pemerintah.
  - b. Penyusunan spesifikasi/KAK harus berdasarkan sesuai dengan kebutuhan, kondisi lapangan dan ketentuan yang berlaku.
  - c. Evaluasi teknis penawaran harus dilakukan dengan benar dan memastikan spesifikasi yang ditawarkan sesuai dengan kebutuhan, jika diperlukan dapat meminta uji mutu produk yang ditawarkan.
  - d. Spesifikasi dalam lampiran syarat-syarat khusus kontrak sesuai dengan spesifikasi yang dibutuhkan.
  - e. Pemeriksaan spesifikasi harus dilakukan dengan benar pada sebelum dilakukan serah terima pekerjaan yang meliputi pemeriksaan fisik (visual dan dimensi), uji fungsi dan kehandalan (*performance*) dan uji destruktif (jika diperlukan). Contoh pengadaan yang efektif: Suatu Kecamatan di Provinsi Jaya Raya membutuhkan 1 (satu) unit kendaraan operasional dalam kota, dibutuhkan paling lambat 30 Agustus 2018 dengan pagu anggaran Rp. 350 juta. Ada beberapa pilihan spesifikasi teknis mobil yaitu mobil MPV dengan 1300 sd 1500 CC atau mobil MPV/SUV dengan diatas 2000 CC. Spesifikasi teknis yang paling tepat untuk kendaraan operasional dalam kota adalah MPV 1300 sd 1500 CC.
1. Transparan, berarti semua ketentuan dan informasi mengenai Pengadaan Barang/Jasa bersifat jelas dan dapat diketahui secara luas oleh Penyedia Barang/Jasa yang berminat serta oleh masyarakat pada umumnya. Langkah langkah mendorong pengadaan yang Transparan:
  - a. Semua peraturan/kebijakan/ketentuan proses pemilihan penyedia barang/jasa harus transparan
  - b. Peluang dan kesempatan untuk ikut serta dalam proses Pengadaan Barang/Jasa harus transparan;
  - c. seluruh persyaratan yang diperlukan oleh calon peserta untuk mempersiapkan penawaran yang responsif harus dibuat transparan;
  - d. Penyedia yang ditunjuk sebagai pelaksana pekerjaan harus diumumkan secara luas.  
Contoh pengadaan yang Transparan, yaitu Pengadaan kendaraan operasional melalui *epurchasing* dimana proses pengadaan mulai dari perencanaan pengadaan sampai dengan serah terima dapat diketahui dengan jelas melalui aplikasi *e-catalog*.
2. Terbuka, berarti Pengadaan Barang/Jasa dapat diikuti oleh semua Penyedia Barang/Jasa yang memenuhi persyaratan/kriteria tertentu berdasarkan ketentuan dan prosedur yang jelas. Langkah langkah mendorong pengadaan yang Terbuka:
  - a. Proses Pengadaan Barang/Jasa harus dilakukan secara terbuka dan dapat diakses oleh seluruh calon peserta
  - b. Tidak mempersyaratkan kriteria tertentu yang menguntungkan salah satu peserta  
Contoh pelaksanaan pengadaan secara Terbuka. Pengadaan kendaraan operasional dapat diikuti oleh semua penyedia kendaraan yang memenuhi persyaratan.

3. Bersaing, berarti Pengadaan Barang/Jasa harus dilakukan melalui persaingan yang sehat diantara sebanyak mungkin Penyedia Barang/Jasa yang setara dan memenuhi persyaratan, sehingga dapat diperoleh Barang/Jasa yang ditawarkan secara kompetitif dan tidak ada intervensi yang mengganggu terciptanya mekanisme pasar dalam Pengadaan Barang/Jasa. Langkah langkah mendorong pengadaan yang Bersaing:
- Pengadaan Barang/Jasa harus dapat diakses oleh seluruh calon peserta;
  - Dalam setiap tahapan dari proses pengadaan harus mendorong terjadinya persaingan sehat.
  - Kondisi yang memungkinkan masing-masing calon peserta mampu mempersiapkan penawaran berkaitan dengan tingkat kompetitifnya serta peluang untuk memenangkan tender/seleksi.
  - Pelaku Pengadaan Barang/Jasa harus secara aktif menghilangkan hal-hal yang menghambat terjadinya persaingan yang sehat. Contoh pelaksanaan pengadaan secara Bersaing: Pasar kendaraan bermotor merupakan pasar persaingan sempurna dimana pembeli dan penjual sudah mengetahui dengan jelas spesifikasi teknis masing-masing produk dan harganya.
4. Adil, berarti memberikan perlakuan yang sama bagi semua calon Penyedia Barang/Jasa dan tidak mengarah untuk memberi keuntungan kepada pihak tertentu, dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional. Langkah langkah mendorong pengadaan yang adil, yaitu:
- Memberi perlakuan yang sama kepada seluruh peserta
  - informasi yang diberikan harus akurat dan dapat dimanfaatkan untuk semua
- Contoh pelaksanaan pengadaan yang Adil, yakni: Pada Pengadaan kendaraan operasional semua penyedia kendaraan dapat mengikuti proses pengadaan kendaraan melalui *epurchasing*
5. Akuntabel, berarti harus sesuai dengan aturan dan ketentuan yang terkait dengan Pengadaan Barang/Jasa sehingga dapat dipertanggungjawabkan. Langkah langkah mendorong pengadaan yang akuntabel adalah
- adanya arsip dan pencatatan yang lengkap terhadap seluruh proses Pengadaan Barang/Jasa
  - adanya suatu sistem pengawasan untuk menegakkan aturan-aturan, dan
  - adanya mekanisme untuk mengevaluasi, mereview, meneliti dan mengambil tindakan terhadap protes dan keluhan yang dilakukan oleh peserta
- Contoh pelaksanaan pengadaan yang akuntabel: Proses Pengadaan kendaraan operasional dilaksanakan sesuai ketentuan yang mulai dari perencanaan sampai dengan serah terima dan harga yang digunakan harga yang sudah dipublikasi secara luas.
- Penerapan prinsip-prinsip pengadaan dapat dipastikan akan diperoleh barang/jasa yang sesuai dengan spesifikasinya dan kualitas yang maksimal serta biaya pengadaan yang minimal. Di samping itu dari sisi penyedia barang/jasa akan terjadi persaingan yang sehat dan pada gilirannya akan mendorong untuk semakin meningkatnya kualitas dan kemampuan penyedia barang/jasa. Manfaat memahami prinsip-prinsip Pengadaan Barang/Jasa adalah:
- Mendorong praktek Pengadaan Barang/Jasa yang baik;
  - Meningkatkan efisiensi penggunaan uang negara;
  - Menekan kebocoran anggaran;
  - Terwujudnya pemerintahan yang bersih.
- Pengadaan barang pemerintah di NTB sudah sesuai dengan Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dan telah menerapkan prinsip-prinsip persaingan usaha. Dalam pengadaan barang pemerintah sudah melaksanakan efisien, efektif, terbuka dan bersaing, transparan, adil/tidak diskriminatif, dan akuntabel. Dalam pertimbangan Putusan Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 35-KPPU-I-2020 ini sudah sesuai dengan prinsip-prinsip Komisi Pengawas Persaingan usaha (KPPU) dalam menganalisis sengketa persekongkolan tender pengadaan barang pemerintah di NTB terhadap perilaku pelaku usaha yang terindikasi

melanggar Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 sudah sesuai dengan prinsip yuridis dan prinsip ekonomi. Prinsip yuridis yaitu prinsip *per se illegal* dan *rule of reason*. Pendekatan hukum persaingan usaha yang digunakan oleh Majelis Komisi adalah pendekatan prinsip *rule of reason*. Dikaji berdasarkan fakta dan data yuridis terkait hal materiil dan formil maka KPPU dengan Putusan Perkara No. 35-KPPU-I-2020 sebagian telah sesuai dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999S akan tetapi terdapat beberapa ketidaksesuaian putusan Majelis Komisi dengan Peraturan Presiden No. 54 Tahun 2010 tentang Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, dimana dalam salah satu Pasal tersebut menyatakan bahwa untuk mencegah terjadinya persekongkolan tender, maka pelaku usaha wajib melakukan protes atau banding atas keputusan pemenang tender. Bukan hanya boleh, kata “boleh” harus ditafsirkan sebagai “wajib”. Hal ini guna tegaknya hukum persaingan usaha. Penegakan hukum persaingan usaha bisa dilakukan pada tahap pencegahan atau sebelum terjadinya persekongkolan tender sebagai bentuk upaya hukum preventif bukan hanya pada upaya hukum refresip dan tidak sesuai dengan Peraturan Presiden RI Nomor 70 Tahun 2012 telah mengatur prosedur yang harus ditempuh oleh penyedia jasa maupun masyarakat yang mengetahui adanya indikasi ataupun rekayasa yang menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

## 2. Akibat Hukum Dari Adanya Persekongkolan Tender Dalam Pengadaan Barang Pemerintah

Undang-undang Nomor 5 tahun 1999 tentang larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, menjelaskan dalam Pasal 1 point 8 bahwa Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol. Terbitnya Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 dilatarbelakangi bahwa pembangunan bidang ekonomi harus diarahkan kepada terwujudnya kesejahteraan rakyat berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, demokrasi dalam bidang ekonomi menghendaki adanya kesempatan yang sama bagi setiap warga negara untuk berpartisipasi di dalam proses produksi dan pemasaran barang jasa, dalam iklim usaha yang sehat, efektif, efisien, sehingga dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dan bekerjanya ekonomi pasar yang wajar. Selain itu, setiap orang yang berusaha di Indonesia harus berada dalam situasi persaingan yang sehat dan wajar, sehingga tidak menimbulkan adanya pemusatan kekuatan ekonomi pada pelaku usaha tertentu.

Untuk menjaga dan mengawasi agar undang-undang ini bisa berjalan dengan semestinya maka dibentuklah satu komisi yaitu Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). KPPU dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Persekongkolan merupakan kegiatan yang dilarang yang termasuk dalam kategori persaingan usaha tidak sehat.

Pada Bagian Empat Pasal 22 sampai dengan pasal 24 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 mengatur khusus tentang persekongkolan. Pengaturan tersebut antara lain:

1. Para Pelaku usaha dilarang melakukan persengkongkolan dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat (Pasal 22).
2. Para Pelaku usahadilarangmelakukanpersengkongkolandenganpihaklainuntukmendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat (Pasal 23).
3. ParaPelakuusahadilarangmelakukanpersengkongkolandenganpihaklainuntukmenghambat produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa pelaku usaha pesaingnya dengan maksud agar barang dan/atau jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi

berkurang baik dari jumlah, kualitas, maupun ketepatan waktu yang dipersyaratkan (Pasal 24).

Pengertian persekongkolan seperti yang ditentukan dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Persaingan Usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol. Bentuk kegiatan persekongkolan tidak harus dibuktikan dengan adanya perjanjian tetapi bisa dalam bentuk lain yang tidak mungkin diwujudkan dalam suatu perjanjian. Pelaku usaha dilarang untuk bersekongkol dengan pihak lain dalam hal berikut ini:

- 1) Menghambat pelaku usaha pesaing dalam memproduksi;
- 2) Menghambat pemasaran atau memproduksi dan memasarkan barang, jasa atau barang dan jasa dengan maksud agar barang, jasa, atau barang dan jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang atau menurun kualitasnya;
- 3) Bertujuan untuk memperlambat waktu proses produksi, pemasaran atau produksi dan pemasaran barang, jasa, atau barang dan jasa yang sebelumnya sudah dipersyaratkan;
- 4) Kegiatan persekongkolan seperti ini dapat menimbulkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha yang tidak sehat.

Bentuk kegiatan persekongkolan yang dilarang undang-undang persaingan usaha adalah berikut ini.

- 1) Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaing yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan (rahasia dagang) sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat (Pasal 23);
- 2) Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk menghambat produksi dan atau pemasaran barang pelaku usaha pesaingnya dengan maksud agar barang/jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar yang bersangkutan menjadi berkurang baik dari jumlah, kualitas maupun ketepatan waktu yang dipersyaratkan (Pasal 24);
- 3) Pasal 22 menyatakan bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Salah satu bentuk tindakan yang dapat mengakibatkan persaingan tidak sehat adalah persekongkolan tender. Persekongkolan tender merupakan salah satu bentuk kegiatan yang dilarang oleh Undang-Undang Persaingan Usaha, sebagaimana ditentukan pada Pasal 22 sebagai berikut: Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Persekongkolan tender (*bid rigging*) dapat dikatakan sebagai bentuk kerjasama yang dilakukan oleh dua atau lebih pelaku usaha dengan pihak lain dan atau panitia tender atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Persekongkolan tender dapat terjadi melalui kesepakatan-kesepakatan, baik tertulis maupun tidak tertulis. Persekongkolan tender dapat dilakukan dalam bentuk manipulasi lelang atau kolusi dalam tender melalui kesepakatan antar pelaku usaha, antar pemilik pekerjaan maupun antar kedua pihak tersebut.

Persekongkolan tender terutama bertujuan untuk membatasi pesaing lain yang potensial agar tidak bersaing dalam pasar bersangkutan dan memenangkan peserta tender tertentu. Persekongkolan tender dapat terjadi disetiap tahapan proses tender, baik perencanaan dan pembuatan persyaratan oleh pelaksana atau panitia tender, penyesuaian dokumen tender hingga pengumuman tender.

Peraturan Presiden Nomor 54 tahun 2010 dan perubahannya menerangkan bahwa salah satu perbuatan atau tindakan Penyedia Barang Jasa yang dapat dikenakan sanksi adalah melakukan persekongkolan dengan Penyedia Barang Jasa lain untuk mengatur Harga Penawaran di

luar prosedur pelaksanaan Pengadaan Barang Jasa, sehingga mengurangi, menghambat, memperkecil, dan/atau meniadakan persaingan yang sehat dan/atau merugikan orang lain. Dalam penjelasan Peraturan Presiden Nomor 54 tahun 2010 dan perubahannya memberikan indikasi adanya persengkongkolan antara lain:

- 1) Terdapat kesamaan dokumen teknis antara lain metode kerja, bahan, alat, analisis pendekatan teknis, harga satuan, dan/atau spesifikasi barang yang ditawarkan (merek, tipe, jenis) dan/atau dukungan teknis.
- 2) Seluruh penawaran dari penyedia mendekati nilai Harga Perkiraan Sendiri (HPS).
- 3) Adanya keikutsertaan beberapa penyedia barang jasa yang berada dalam satu kendali.
- 4) Adanya kesamaan / kesalahan isi dokumen penawaran, antara lain kesamaan / kesalahan pengetikan, susunan, dan format tulisan.
- 5) Jaminan penawaran dikerluarkan dari penjamin yang sama dengan nomor seri yang berurutan. Samsul Ramli, menerjemahkan lima point indikasi persengkongkolan di atas sebagai berikut:

- 1) Indikasi pertama ini merujuk pada pelanggaran larangan yang diatur dalam Undang Undang Nomor 5 tahun 1999 yang membahas perihal perjanjian yang dilarang. Salah satunya adalah perjanjian yang oligopoli. Pasal 4 ayat 1 dan 2 menjelaskan pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Termasuk pelaku usaha patut diduga atau dianggap secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan/atau pemasaran barang jasa jika dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.
- 2) Indikasi kedua merujuk pada kalimat seluruh penawaran menunjukkan bahwa rincian HPS yang semestinya rahasia telah dilanggar atau bocor ke penyedia.
- 3) Untuk indikasi ketiga lebih mengacu kepada larangan yang diatur dalam Pasal 26 dan Pasal 27 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999. Seseorang dilarang menduduki jabatan sebagai direksi atau komisaris dari suatu perusahaan pada waktu bersamaan merangkap jabatan yang sama pada perusahaan lain atau pelaku usaha dilarang memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar yang sama.
- 4) Pada indikasi keempat sering kali ditemui penawaran yang berasal dari salah satu grup usaha atau berbeda grup tetapi menggunakan tenaga pembuat penawaran yang sama. Praktik penggunaan tenaga pembuat penawaran menunjukkan bahwa penyedia memiliki keterbatasan kapabilitas tetapi punya motivasi yang kuat untuk memenangkan pemilihan.
- 5) Indikasi kelima umumnya penerbit jaminan penawaran menerbitkan jaminan berdasarkan nomor urut penerbitan, sehingga jaminan penawaran secara kolektif dijadikan salah satu indikasi bahwa penyedia yang menawar berada dalam satu kendali.<sup>5</sup>

Persekongkolan tender merupakan suatu kegiatan yang dilakukan para pelaku usaha dengan cara melakukan kesepakatan-kesepakatan yang bertujuan memenangkan tender. Kegiatan ini akan berimplikasi pada pelaku usaha lain yang tidak ikut dalam kesepakatan tersebut, dan tidak jarang mengakibatkan kerugian bagi pihak pengguna penyedia jasa atau barang karena adanya ketidak-wajaran harga. Pengaturan persekongkolan tender dalam Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 menyatakan sebagai berikut: “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”. Dalam Penjelasannya, tender diartikan sebagai “tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Tawaran dilakukan oleh pemilik kegiatan atau proyek,

<sup>5</sup>Ramli, Samsul. (2014). *Mengatasi Aneka Masalah Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah*, Jakarta: Visi Media.

di mana untuk alasan efektivitas dan efisiensi, proyek diserahkan kepada pihak lain yang memiliki kapabilitas untuk melaksanakan proyek tersebut.

Persekongkolan dalam tender menyebabkan terjadinya hambatan pasar bagi peserta potensial yang tidak memperoleh kesempatan untuk mengikuti dan memenangkan tender. Hal ini tentu saja dapat merugikan konsumen dan pemberi kerja karena konsumen atau pemberi kerja harus membayar harga yang lebih mahal daripada yang sesungguhnya, padahal barang/jasa yang diperoleh (baik dari sisi mutu, jumlah, waktu, maupun nilai) seringkali lebih rendah dari yang akan diperoleh apabila tender dilakukan secara jujur. Selain itu, nilai proyek (untuk tender pengadaan jasa) menjadi lebih tinggi akibat *mark-up* yang dilakukan oleh pihak-pihak yang bersekongkol. Apabila hal tersebut dilakukan dalam proyek pemerintah yang pembiayaannya melalui APBN, maka akan menimbulkan ekonomi biaya tinggi.

Unsur-unsur di atas sedikit berbeda dari unsur-unsur persekongkolan tender yang ditetapkan oleh KPPU berdasarkan rumusan Pasal 22. KPPU, sebagai otoritas pengawas persaingan dalam menilai kasus-kasus persekongkolan tender menguraikan Pasal 22 menjadi unsur-unsur yang terdiri atas pelaku usaha, persekongkolan, pihak lain, mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, serta terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Unsur-unsur tersebut tidak bersifat statis melainkan mengalami pengembangan atau pemaknaan baru didasarkan pada interpretasi terhadap ketentuan normatifnya. Dalam putusan-putusannya, KPPU mendasarkan analisis unsur-unsur atas kasus-kasus persekongkolan tender pada definisi yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.<sup>6</sup> Persekongkolan tender yang dimaksud dalam Pasal 22 tersebut bersifat abstrak dan umum, artinya ketentuan mengenai persekongkolan tender belum mampu memberikan petunjuk hukum yang operasional ketika akan digunakan untuk menganalisis kasus persekongkolan tender. Pendefinisian tender dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sangat sempit dan terbatas.<sup>7</sup>

Pengertian ini kemudian dijadikan bentuk operasional pelaksanaan Pasal 22 Undang-Undang No. 5 tahun 1999 yang ada di lapangan, Ketentuan umum dalam peraturan perundang-undangan lelang di Indonesia berlandaskan kepada peraturan lelang yang terbit pada masa penjajahan (Hindia Belanda) yaitu *Vendu Reglement* (Peraturan Lelang) Ordonansi 28 Februari 1908, *Staatsblad* 189 Tahun 1908, yang mulai berlaku tanggal 1 April 1908 kemudian diubah dengan *Staatsblad* 56 Tahun 1940 *juncto Staatsblad* 3 Tahun 1941. Dengan demikian, *Vendu Reglement* dapat dikatakan sebagai landasan struktural atas keberadaan lelang di Indonesia<sup>8</sup> di mana tender mencakup tawaran mengajukan harga untuk:

- 1) Memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan.
- 2) Mengadakan barang dan atau jasa.
- 3) Membeli suatu barang dan atau jasa.
- 4) Menjual suatu barang dan atau jasa.<sup>9</sup>

KPPU menetapkan bahwa cakupan dasar penerapan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah tender atau tawaran mengajukan harga yang dapat dilakukan melalui tender terbuka, tender terbatas, pelelangan umum. Pelelangan umum adalah metoda pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media massa dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum, sehingga masyarakat luas dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya. Dalam hal

<sup>6</sup>Krisanto, Yakub Adi. (2008). *Terobosan Hukum Putusan KPPU dalam Mengembangkan Penafsiran Hukum Persekongkolan Tender (Analisis Putusan KPPU terhadap Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Pasca Tahun 2006)*, *Jurnal Hukum Bisnis* 27(3), 66.

<sup>7</sup>Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. (2000). Jakarta: Lembaga Pengkajian Hukum Ekonomi Universitas Indonesia.

<sup>8</sup>Soemitro, Rachmat. (1987). *Peraturan dan Instruksi Lelang*, Bandung: Eresco, 1.

<sup>9</sup>KPPU. (2007). *Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender Berdasarkan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Jakarta: Cetakan ke-IV, 7.

jumlah penyedia barang/jasa yang mampu melaksanakan diyakini terbatas, yaitu untuk pekerjaan yang kompleks, maka pemilihan penyedia barang/jasa dapat dilakukan dengan metoda pelelangan terbatas dan diumumkan secara luas melalui media massa dan papan pengumuman resmi dengan mencantumkan penyedia barang/jasa yang telah diyakini mampu, guna memberikan kesempatan penyedia barang/jasa lainnya yang memenuhi kualifikasi. Pasal 17 ayat (3), serta pemilihan langsung dan penunjukan langsung. KPPU berpendapat bahwa tender merupakan alat untuk mencapai tujuan pokok tender, yaitu memperoleh penawaran harga terendah atas barang dan jasa dengan kualitas terbaik dalam kegiatan tender pembelian dan atau memperoleh harga tertinggi dalam tender penjualan.

Persekongkolan tender adalah konspirasi pelaku usaha dengan pihak lain. Hal ini membawa konsekuensi bahwa kepentingan yang hadir di dalam persekongkolan tender tidak selalu eksklusif antar-sesama pelaku usaha, melainkan juga melibatkan oknum pejabat atau pimpinan di pemerintah pusat, daerah, badan usaha milik negara, daerah, dan atau perusahaan swasta. Dampak negatif dari persekongkolan tender tersebut adalah hilangnya kesempatan bagi pelaku usaha lain untuk berkompetisi dalam tender dan merugikan negara.

Modusnya bisa memberlakukan syarat-syarat untuk mencegah atau menghalangi pihak lain memperoleh barang dan jasa secara bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas, atau juga membatasi pasar atau teknologi. Praktek ini sebenarnya salah satu upaya menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar yang bersangkutan. Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 memberikan beberapa indikasi dari praktik persekongkolan ini, mulai dari tahap perencanaan, pembentukan panitia, prakualifikasi perusahaan, pembuatan persyaratan sebagai peserta, pengumuman tender, pengambilan dokumen tender, penentuan harga perkiraan sendiri/harga dasar lelang, penjelasan (*open house*), penyerahan dan pembukaan dokumen (kotak penawaran), evaluasi dan penetapan pemenang, pengumuman calon pemenang, pengajuan sanggahan, penunjukan pemenang dan penandatanganan kontrak, sampai pada tahap pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan.

Dalam pedoman itu diungkapkan perilaku konspiratif yang menghambat persaingan usaha yang sehat itu, ternyata juga masih mungkin dilakukan pada tahap paling ujung. Dalam hal ini, pemenang tender ternyata mensubkontrakkan pekerjaan itu kepada perusahaan lain, atau bahkan ke rekanan pelaku usaha yang kalah di dalam tender itu. Bisa juga pelaku usaha yang memenangkan tender tetap mengerjakan proyek itu, tetapi ia sengaja mengurangi volume dan nilai proyek itu sehingga menyimpang dari komitmen awal, dan semua itu dilakukan atas dasar konspirasi dengan pihak-pihak tertentu. Memang dapat terjadi bahwa persekongkolan tender baru kemudian terbongkar setelah suatu proyek rampung dikerjakan. Melalui audit, misalnya, baru ditemukan ketidakberesan yang mengindikasikan suatu persekongkolan tender.

Dalam Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 digambarkan tiga skema suatu persekongkolan tender. *Pertama*, adalah Persekongkolan horisontal terjadi apabila sejumlah pelaku usaha atau penyedia barang/jasa mengadakan konspirasi satu sama lain, sehingga sebenarnya tidak pernah ada persaingan di antara mereka. Di luar terlihat mereka pura-pura bersaing (persaingan semu), padahal mereka sudah mengatur siapa yang akan menjadi pemenang dalam tender itu. Sebagai contoh, mereka saling membocorkan isi dokumen. Biasanya pelaku usaha yang sengaja “dikalahkan” akan diberi imbalan atas kesediaannya bekerja sama di dalam persekongkolan tersebut. Dalam persekongkolan horisontal ini, pihak panitia pengadaan barang dan jasa, atau panitia lelang, atau pengguna barang dan jasa, atau pimpinan proyek, tidak terlibat di dalam konspirasi ini. Apabila sudah terlibat, maka persekongkolan ini tidak lagi disebut horisontal. *Kedua*, bentuk persekongkolan tender vertikal. Di sini sudah ada keterlibatan panitia, pengguna barang/jasa, atau pimpinan proyek. Justru keterlibatan ini secara aktif dijalankan dengan cara memberi kesempatan kepada salah satu dari pelaku usaha (peserta tender/lelang)

untuk memenangkan proyek tersebut. Biasanya, praktik demikian disertai imbalan-imbalan tertentu kepada pihak panitia, pengguna barang/jasa, atau pimpinan proyek. Apabila di dalam pemberian imbalan ini terdapat kerugian negara, maka dengan sendirinya perilaku demikian selain adalah persekongkolan vertikal juga merupakan tindak pidana korupsi. Sesama pelaku usaha yang menjadi peserta tender kemungkinan tidak berhubungan secara langsung satu sama lain. Gambaran dari persekongkolan vertikal ini adalah sebagai berikut: Bentuk ketiga adalah kombinasi dari bentuk pertama dan kedua, yaitu persekongkolan horisontal dan vertikal. Beberapa pelaku usaha/penyedia barang atau jasa yang menjadi peserta tender sudah melakukan konspirasi dan hal ini direstui dan difasilitasi oleh panitia, pengguna barang/jasa, atau pimpinan proyek. Tentu pada akhirnya, siapa yang akan memenangkan tender itu sudah diatur di antara mereka. Bahkan, cukup sering peserta tender “abal-abal” ada yang sengaja diikuti demi memperlihatkan bahwa kegiatan tender itu diikuti oleh cukup banyak peserta dan pemenangnya sudah diseleksi secara ketat. Dalam doktrin persaingan usaha, persekongkolan tender masuk dalam kategori kartel berat (*hardcore cartel*) karena tak hanya mengkondisikan harga, tapi juga pengaturan produksi sekaligus menentukan pemenang tender. Karena itu, semestinya pelanggaran tender diganjar hukuman berat. Tak hanya hukuman denda, ke depannya pelaku juga akan dikenakan hukuman pelarangan ikut tender di masa depan atau daftar hitam (*blacklist*).

Tindakan persekongkolan tender melanggar salah satu prinsip dalam pengadaan barang/jasa yaitu terbuka dan bersaing. Terbuka dan bersaing artinya pengadaan barang/jasa harus terbuka bagi penyedia barang/jasa yang memenuhi persyaratan dan dilakukan melalui persaingan yang sehat di antara penyedia barang/jasa yang setara dan memenuhi syarat/kriteria tertentu berdasarkan ketentuan dan prosedur yang jelas dan transparan. Persaingan sehat merupakan prinsip dasar yang paling pokok karena pada dasarnya seluruh pengadaan barang dan jasa harus dilakukan berlandaskan persaingan yang sehat. Beberapa persyaratan agar persaingan sehat dapat diberlakukan antara lain:

1. Pengadaan Barang Jasa harus transparan dan dapat diakses oleh seluruh calon peserta;
2. Kondisi yang memungkinkan masing-masing calon peserta mampu melakukan evaluasi diri berkaitan dengan tingkat kompetitipnya serta peluang untuk memenangkan persaingan;
3. Dalam setiap tahapan dari proses pengadaan harus mendorong terjadinya persaingan sehat;
4. Pengelola Pengadaan Barang/Jasa harus secara aktif menghilangkan hal-hal yang menghambat terjadinya persaingan yang sehat;
5. Dihindarkan terjadinya *conflict of interest*;
6. Ditegakkannya prinsip nondiskriminatif secara ketat.

Prinsip terbuka adalah memberikan kesempatan kepada semua penyedia barang/jasa yang kompeten untuk mengikuti pengadaan. Persaingan sehat dan terbuka (*open and effective competition*) adalah persaingan sehat yang akan dapat diwujudkan apabila pengadaan barang/jasa yang dilakukan terbuka bagi seluruh calon penyedia barang/jasa yang mempunyai potensi untuk ikut dalam persaingan.

Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat mengatur tentang larangan persekongkolan antara pelaku usaha dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. Persekongkolan yang biasanya dilakukan dalam tender adalah untuk mempengaruhi harga yang akan ditawarkan oleh peserta tender. Di sini yang terjadi adalah persaingan harga, tetapi para peserta melakukan kesepakatan baik tertulis maupun tidak tertulis, salah satu diantara mereka menjadi pemenang tender dengan cara salah satu peserta mengajukan harga yang lebih rendah, sementara yang lain mengajukan harga yang lebih tinggi, atau salah satu peserta mengundurkan diri agar yang lain yang memenangkan

tender tersebut. Hal ini merupakan hambatan persaingan, karena melanggar tujuan tender itu sendiri, yaitu untuk mendapatkan barang atau jasa dengan harga dan kondisi yang paling menguntungkan. Larangan tersebut diamini oleh Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Pada pasal 78 disebutkan bahwa perbuatan atau tindakan peserta pemilihan yang dikenakan sanksi dalam pelaksanaan pemilihan Penyedia apabila terindikasi melakukan persekongkolan dengan peserta lain untuk mengatur harga penawaran. Selain itu dalam pasal 51 juga diatur salah satu penyebab dari gagalnya tender/seleksi yaitu adanya persaingan usaha tidak sehat dari seluruh peserta.

Dalam pelaksanaan tender barang/jasa pemerintah modus-modus praktik persekongkolan senantiasa berkembang. Modus persekongkolan horizontal, vertikal dan/atau gabungan yang dilakukan oleh para pelaku pengadaan barang/jasa telah diupayakan pencegahannya oleh pemerintah melalui diterbitkannya Perpres Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Upaya pencegahan dapat diketahui dari digunakannya *E-reverse Auction*, perluasan makna dikendalikan oleh pihak yang sama, dibentuknya Agen Pengadaan dan penguatan/penambahan sanksi bagi para pelaku persekongkolan khususnya horizontal.

Pengadaan barang/jasa pemerintah yang dibiayai dengan APBN/APBD dapat dilaksanakan dengan efektif dan efisien dengan prinsip-prinsip persaingan yang sehat, transparan, terbuka dan perlakuan yang adil bagi semua pihak, sehingga hasilnya dapat dipertanggungjawabkan baik dari segi fisik, keuangan maupun manfaatnya bagi kelancaran tugas pemerintah dan pelayanan masyarakat. Karena pemerintah selaku pengguna barang/jasa membutuhkan barang/jasa untuk meningkatkan pelayanan publik atas dasar pemikiran yang logis dan sistematis, mengikuti prinsip dan etika yang berlaku, berdasarkan metode dan proses pengadaan yang berlaku. Alasan pengadaan barang/jasa pada instansi pemerintah adalah tugas pokok keberadaan instansi pemerintah bukan untuk menghasilkan barang/jasa yang bertujuan *profit oriented*, tetapi lebih bersifat memberikan pelayanan kepada masyarakat. Untuk itu, pemerintah membutuhkan barang/jasa dalam rangka meningkatkan pelayanan publik atas dasar pemikiran yang logis dan sistematis, mengikuti prinsip dan etika serta berdasarkan metode dan proses pengadaan yang berlaku.

Akibat hukum terhadap persekongkolan Tender dalam pengadaan Barang Pemerintah akan dikenakan sanksi berupa pengguguran penawaran, pencairan jaminan penawaran dan disetorkan ke kas negara, serta diusulkan pengenaan daftar hitam kepada Kuasa Pengguna Anggaran.

#### D. KESIMPULAN

Berdasarkan uraian tersebut di atas maka dapat disimpulkan bahwa pengadaan barang pemerintah di NTB sudah sesuai dengan Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dan telah menerapkan prinsip-prinsip persaingan usaha, yaitu efisien, efektif, terbuka dan bersaing, transparan, adil/tidak diskriminatif, dan akuntabel. Dalam pertimbangan Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 35-KPPU-I-2020 ini sudah sesuai dengan prinsip-prinsip Komisi Pengawas Persaingan usaha (KPPU) dalam menganalisis sengketa persekongkolan tender pengadaan barang pemerintah di NTB terhadap perilaku pelaku usaha yang terindikasi melanggar Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 sudah sesuai dengan prinsip yuridis yaitu *rule of reason*. Pendekatan hukum persaingan usaha yang digunakan oleh Majelis Komisi adalah pendekatan prinsip *rule of reason*. Putusan Perkara No. 35-KPPU-I-2020 sebagian telah sesuai dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 akan tetapi terdapat beberapa ketidaksesuaian

putusan Majelis Komisi dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Peraturan Presiden No. 54 Tahun 2010 tentang Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah jo. Peraturan Presiden RI Nomor 70 Tahun 2012 telah mengatur prosedur yang harus ditempuh oleh penyedia jasa maupun masyarakat yang mengetahui adanya indikasi ataupun rekayasa yang menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Konsekuensi yuridis terhadap persekongkolan Tender dalam pengadaan Barang Pemerintah akan dikenakan sanksi berupa pengguguran penawaran, pencairan jaminan penawaran dan disetorkan ke kas negara, serta diusulkan pengenaan daftar hitam kepada Kuasa Pengguna Anggaran. Disarankan pemerintah harus memperbaiki tata kelola pelaksanaan pengadaan barang dan jasa yang melalui sistem tender, sehingga pihak-pihak yang berlaku curang dalam persekongkolan tender tidak mudah untuk melakukan tindakan yang bertentangan dengan prinsip persaingan usaha dalam Pengadaan barang dan jasa dan sebaiknya penegakan hukum persaingan usaha bisa dilakukan pada tahap pencegahan, yaitu pada saat proses tender sampai pemenangan tender, dengan cara pelaku usaha mengajukan keberatan atau banding, akan tetapi karena biaya banding yang terlalu tinggi, hal ini membuat pelaku usaha menjadi enggan melakukan keberatan atau banding. Oleh karena itu, perlu pengaturan besaran tarif standar/ tidak memberatkan pelaku usaha untuk membayar biaya perkara dalam mengajukan banding atau keberatan.

#### DAFTAR PUSTAKA

- Fauzi, Ahmad. (2021). Pengawasan Praktek Monopoli Sebagai Bentuk Persaingan Usaha Tidak Sehat, *De Lega Lata: Jurnal Ilmu Hukum*, 6 (2).
- KPPU. (2007). Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender Berdasarkan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Jakarta: Cetakan ke-IV.
- Krisanto, Yakub Adi. (2008). Terobosan Hukum Putusan KPPU dalam Mengembangkan Penafsiran Hukum Persekongkolan Tender (Analisis Putusan KPPU terhadap Pasal 22 UU No. 5/1999 Pasca Tahun 2006), *Jurnal Hukum Bisnis*, 27(3).
- LPHEUI. (2000). Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Jakarta: Lembaga Pengkajian Hukum Ekonomi Universitas Indonesia.
- Ramli, Samsul. (2014). Mengatasi Aneka Masalah Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Jakarta: Visi Media.
- Savitri D, I Gusti Agung Ayu Istri Ngurah Intan dan I Made Sarjana. (2021). Penyelesaian Terhadap Persekongkolan Tender Di Dalam Suatu Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, *Jurnal Kertha Semaya*, 9 (4).
- Soemitro, Rachmat. (1987). Peraturan dan Instruksi Lelang, Bandung: Eresco.
- Suratman dan H. Phillips Dillah. (2012). Metode Penelitian Hukum, Bandung: Alfa Beta, 2012.