

**Implikasi Putusan
Mahkamah Konstitusi
Nomor 85/PUU-XIV/2016 terhadap
Praktek Persekongkolan Tender**

***Implication of Constitutional Court
Decision Number 85/PUU-XIV/2016
on Tender Conspiracy***

Titis Anindyajati

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan
Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta Pusat
E-mail: titis_mh@yahoo.com

Naskah diterima: 22/01/2018 revisi: 12/02/2018 disetujui: 19/03/2018

Abstrak

Pada pokoknya, persekongkolan tender merupakan salah satu bentuk persekongkolan yang dilarang UU Nomor 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dan juga menjadi perkara yang paling sering diproses KPPU. Namun baik secara teoritis maupun praktik menimbulkan permasalahan yaitu karena adanya pemaknaan yang bias akan frasa “pihak lain” dalam Pasal 22 UU Nomor 5/1999. Hal inilah yang melatarbelakangi adanya pengujian Pasal 22 ke MK. Dalam penulisan ini yang dibahas yaitu bagaimana pengaturan persekongkolan tender menurut peraturan perundang-undangan, bagaimanakah implikasi yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XIV/2016 tentang pengujian Pasal 22 UU Nomor 5/1999 serta bagaimana analisis hukum terhadap pertimbangan hukum Putusan MK tersebut. Penelitian ini menggunakan penelitian yuridis normatif dimana obyek penelitian ini adalah peraturan perundang-undangan dan Putusan MK. Dalam hal ini Penulis menyimpulkan, yaitu, *Pertama*, persekongkolan tender yang merupakan suatu bentuk kerja sama antara dua pihak atau lebih untuk menguasai pasar yang

bersangkutan dan/atau memenangkan peserta tender yang mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat diatur secara eksplisit dalam Pasal 1 angka 8 dan Pasal 22 UU Nomor 5/1999 serta Peraturan KPPU Nomor 2/2010, *Kedua*, Implikasi yuridis Putusan MK Nomor 85/PUU-XIV/2016 bermanfaat untuk menjamin kepastian hukum dan keadilan bagi para pihak seperti pengusaha utamanya masyarakat. Untuk itu, perlu adanya harmonisasi antara satu peraturan dengan peraturan lainnya, pengujian UU terhadap UUD terkait pengaturan persekongkolan tender dalam persaingan usaha tidak sehat ataupun revisi terhadap UU Nomor 5/1999.

Kata Kunci: Putusan, Persekongkolan Tender, Pengujian Konstitusi

Abstract

Principally, tender conspiracy is one form of conspiracy that subjected by the Law No. 5/1999 on The Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition, and also as a type of case that frequently occurred and processed by the KPPU. However, in theory, and in practice, there are some issues that plague the regulation, because of the occurrence of bias and unclear interpretation of the phrases "other parties" contained in Article 22 of Law 5/1999. This interpretation issue then became the background in the petition for review of Article 22 to the Constitutional Court. This paper mainly discussed the regulation of tender conspiracy according to the existing Law, and also to study the juridical implications of Constitutional Court Decision Number 85/PUU-XIV/2016 concerning the review of Article 22 Law 5/1999. This paper also delves into the legal analysis of the court considered in the aforementioned Decision. This paper utilized the means of normative juridical research methodology, with the existing regulations and Constitutional Court Decision as the object of research. In the paper, the writer concludes that, first, tender conspiracy is a form of cooperation between one party or more to control particular market and/or to determine the awardees of tenders which may cause unfair business competition explicitly regulated in Article 1 number 8 and Article 22 Law 5/1999 and also the KPPU Regulation Number 2/2010, second, the juridical implications of Constitutional Court Decision Number 85/PUU-XIV/2016 was necessary in order to guarantee the equitable legal certainty and fairness toward all parties especially business practising citizens. Thus, there is a necessity to achieve harmony among these regulations, which can be obtained through the judicial review of laws against the Constitution concerning the regulations of tender conspiracy and by means of legislative revision toward Law 5/1999.

Keywords: Decision, Tender Conspiracy, Constitutional Review

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Dalam era globalisasi ini, tidak dapat dihindarkan bagaimana sistem perekonomian suatu negara akan terpengaruh dan dimungkinkan dapat berkembang secara dinamis. Sistem perekonomian pasar dianggap sistem yang ideal untuk memenuhi tantangan globalisasi karena semua pelaku usaha memiliki kesempatan yang sama dalam menjalankan kegiatan usaha atau disebut juga persaingan usaha (*competition*). Namun dalam persaingan usaha adakalanya menimbulkan persaingan usaha sehat (*fair competition*) dan juga persaingan usaha tidak sehat (*unfair competition*) sehingga dibentuklah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (selanjutnya disebut UU No.5/1999). Undang-Undang tersebut juga mengatur adanya pembentukan suatu Komisi Independen untuk mengawasi pelaksanaan UU No.5/1999 yang dinamakan Komisi Pengawasan Persaingan Usaha (KPPU). Komisi Persaingan Pengawasan Usaha merupakan suatu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah serta pihak lain serta bertanggung jawab kepada Presiden.¹

UU Nomor 5/1999 membagi 3 (tiga) bagian utama yang dilarang dalam persaingan usaha, yaitu 1) perjanjian yang dilarang (bab III), 2) kegiatan yang dilarang (bab IV), dan 3) posisi dominan (bab V). Perjanjian yang dilarang meliputi oligopoli (Pasal 4), penetapan harga (Pasal 8), pembagian wilayah (Pasal 9), pemboikotan (Pasal 10), kartel (Pasal 11), trust (Pasal 12), oligopsoni (Pasal 13), integrasi vertikal (Pasal 14), perjanjian tertutup (Pasal 15), dan perjanjian dengan pihak luar negeri (Pasal 16). Sedangkan untuk kegiatan yang dilarang meliputi monopoli (Pasal 17), monopsoni (pasal 18), penguasaan pasar (Pasal 19 s.d. Pasal 21) dan persekongkolan (Pasal 22 s.d. Pasal 24).

Di antara bagian-bagian perjanjian dan kegiatan yang dilarang, persekongkolan utamanya persekongkolan tender merupakan perkara yang paling sering terjadi dalam persaingan usaha. Hal ini dapat dilihat dari data KPPU dimana perkara tender memiliki jumlah perkara (232 perkara) lebih banyak daripada non tender (99 perkara).

¹ Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Pasal 30.

Tabel 1: Data Jumlah Penangan Perkara Tender dan Non Tender oleh KPPU

TAHUN	PENETAPAN		PUTUSAN		PERKARA BERJALAN		TOTAL		EKSPOSITASE	
	Tender	Non Tender	Tender	Non Tender	Tender	Non Tender	Tender	Non Tender	Tender	Non Tender
2000	0	0	1	1	0	0	1	1		
2001	0	1	3	1	0	0	3	2		
2002	4	0	1	3	0	0	5	3		
2003	2	0	1	6	0	0	3	6		
2004	1	1	3	4	0	0	4	5		
2005	1	3	10	8	0	0	11	11		
2006	3	3	8	4	0	0	11	7		
2007	1	3	22	5	0	0	23	8		
2008	16	4	36	12	0	0	52	16		
2009	3	0	23	9	0	0	26	9		
2010	3	2	31	6	0	0	34	8		
2011	0	0	11	2	0	0	11	2		
2012	0	0	7	2	0	0	7	2		
2013	0	0	7	5	0	0	7	5		
2014	0	0	10	9	0	0	10	9		
2015	0	0	15	3	4	0	19	3		
2016	0	0	0	0	5	2	5	2		
TOTAL	34	17	189	80	9	2	232	99	70	30

Sumber data: www.kppu.go.id, diakses pada tanggal 26 Oktober 2017

Pada prinsipnya, terdapat 3 (tiga) macam jenis persekongkolan yang dilarang oleh UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yaitu:

- 1) Persekongkolan Tender (Pasal 22);
 Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.
- 2) Persekongkolan untuk mendapatkan Rahasia Perusahaan (Pasal 23), dan
- 3) Persekongkolan Untuk Menghambat Produksi dan atau Pemasaran Barang dan atau Jasa Pelaku Usaha Pesaingnya (Pasal 24).

Ningrum Sirait berpendapat proses kolusi dalam proses tender dilakukan dengan berbagai jalan, di antaranya berdasarkan pihak yang terlibat yaitu persekongkolan tender yang terjadi di antara pelaku usaha dengan pemilik/pemberi pekerjaan atau pihak tertentu, persekongkolan horizontal yaitu di antara sesama pelaku usaha pesaing sendiri. Sedangkan bentuk persekongkolan

berdasarkan perilaku adalah dalam bentuk tindakan saling memperlihatkan harga penawaran yang akan diajukan dalam pembukaan tender diantara sesama peserta, dengan jalan saling menyesuaikan penawaran, mengatur pemenang di antara peserta pesaing.²

Untuk itulah diperlukan peranan besar KPPU sebagai suatu lembaga independen yang memiliki kewenangan untuk menjatuhkan sanksi kepada pelaku usaha yang melakukan persekongkolan utamanya persekongkolan tender agar tercipta iklim atau persaingan usaha yang sehat. Persekongkolan tender merupakan bentuk persekongkolan yang sering terjadi karena ruang lingkupnya luas dan umumnya berkaitan dengan pemerintah melalui pelaksanaan pengadaan barang dan/atau jasa. Pendapat serupa dikemukakan Anna Maria Tri Anggraini³, mantan Komisioner KPPU yang menjelaskan bahwa beberapa kali KPPU menjatuhkan denda terhadap panitia berdasarkan ketentuan Pasal 19 huruf d UU No. 5/1999 yang berbunyi, "Pelaku usaha dilarang melakukan satu atau beberapa kegiatan, baik sendiri maupun bersama pelaku usaha lain yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berupa melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu. Putusan-putusan tersebut antara lain melibatkan beberapa BUMN yang melakukan penunjukan langsung di bidang pengadaan barang/jasa, seperti PT Pertamina menunjuk langsung Landor untuk membuat logo baru Pertamina, serta PT PLN (Pusa) dan Disjaya menunjuk langsung PT Netway Utama di bidang pengadaan CIS RISI. Hal inilah yang juga salah satunya menjadikan KPPU menerbitkan peraturan teknis terkait persekongkolan tender yakni Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 UU No. 5/1999. Peraturan KPPU ini memiliki 3 (tiga) tujuan, antara lain:

- 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 sehingga tidak ada penafsiran lain selain yang diuraikan dalam Pedoman ini;
- 3) digunakan oleh semua pihak sebagai landasan dalam berperilaku agar tidak ada pihak-pihak yang dirugikan dan selanjutnya untuk menciptakan kondisi persaingan usaha yang tumbuh secara wajar.⁴

² Ningrum Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia: Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Medan: Universitas Sumatera Utara, 2011, h.99.

³ Anna Maria Tri Anggraini, "Sinergi BUMN dalam Pengadaan Barang dan/atau Jasa dalam Perspektif Persaingan Uisaha", *Mimbar Hukum*, Volume 25, Nomor 3, Oktober 2013, h.452.

⁴ Bab II Tujuan dan Cakupan Pedoman lampiran Peraturan KPPU Nomor.2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 UU No.5/1999, h.3.

Namun demikian, sebagian pelaku usaha berpendapat bahwa perluasan penafsiran KPPU tentang frasa “Pihak Lain” dianggap membawa ketidakadilan bagi mereka. Hal inilah yang menyebabkan adanya permohonan pengujian Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41 UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat oleh PT Bandung Raya Indah Lestari yang merasa dirugikan atas berlakunya Pasal-pasal *a quo*. Dalam Putusan KPPU Nomor 12/KPPU-L/2015, PT Bandung Raya Indah Lestari dinyatakan sebagai salah satu pihak lain yang bersekongkol dengan Panitia Pengadaan Badan Usaha (Terlapor I) dan Mantan Walikota Bandung Dada Rosyada (Terlapor II). Oleh karena itu, Pemohon dalam hal ini PT Bandung Raya Indah Lestari berpendapat hal dapat diperluasnya makna “*pihak lain*” dalam Pasal 22 UU No. 5/1999 oleh KPPU mengandung ketidakpastian hukum atau bersifat multitafsir sehingga memungkinkan untuk ditafsirkan secara luas bahkan menyalahi tafsir otentik “pihak lain” yang sudah tegas diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 dan hal tersebut jelas melanggar UUD 1945⁵.

Oleh karena itu, penulis membatasi pembahasan ini pada persekongkolan tender karena selain persekongkolan tender merupakan salah satu bentuk persekongkolan yang dilarang UU No.5/1999 tetapi juga menjadi perkara yang paling sering diproses KPPU. Hal ini terjadi karena acap kali persekongkolan tender dikaitkan dengan kegiatan barang dan/jasa yang lazimnya dilakukan pemerintah. Persekongkolan tender dianggap bertentangan dengan UU No.5/1999 ketika adanya kerjasama yang beritikad tidak baik diantara pelaku-pelaku usaha tertentu untuk bersepakat merekayasa harga penawaran dalam penawaran pengadaan barang dan/jasa yang berakibat pada persaingan usaha tidak sehat. Selain itu, bahwa yang menjadi objek perkara adalah Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 36 huruf c, huruf d, huruf h, huruf i dan Pasal 41, kesemua norma pasal tersebut dipertimbangkan konstitusionalitasnya secara bersama-sama. Namun untuk kepentingan penelitian ini, pembahasan akan dibatasi hanya terkait Pasal 22 UU No. 5/1999.

Hal ini yang melatar belakangi Penulis untuk meneliti tentang analisis yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XIV/2016 tentang Persekongkolan Tender Berdasarkan Pasal 22 UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

⁵ Perbaikan Permohonan Perkara No.85/PUU-XIV/2016 tentang Pengujian UU No.5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, h.11.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, penulis mengidentifikasi permasalahan penelitian sebagai berikut: *Pertama*, bagaimanakah pengaturan persekongkolan tender menurut peraturan perundang-undangan? *Kedua*, bagaimanakah implikasi yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XIV/2016 tentang Pengujian Pasal 22 UU Nomor 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ?

C. Metode Penelitian

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif yaitu penelitian dengan obyek atau sasaran penelitian berupa peraturan perundang-undangan, Mahkamah Konstitusi dan bahan hukum lainnya. Data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang diperoleh melalui penelitian kepustakaan terdiri dari: Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang berhubungan langsung dengan objek penelitian, dalam hal ini adalah Putusan MK Nomor 85/PUU-XIV/2016 tentang Pengujian Pasal 22 UU No. 5/1999; b) Bahan hukum sekunder, adalah bahan hukum yang menjelaskan bahan hukum primer, yaitu berupa literatur-literatur kepustakaan hasil-hasil penelitian dan hasil-hasil karya ilmiah; c) Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang menjelaskan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yaitu berupa kamus dan ensiklopedia. Penulis menganalisis data-data yang diperoleh dari penelitian kepustakaan dengan menggunakan metode analisis kualitatif yaitu menggambarkan dan menjelaskan hasil penelitian dan menghubungkan dengan teori dan peraturan perundang-undangan terkait.

PEMBAHASAN

A. Pengaturan Persekongkolan Tender Menurut Peraturan Perundang-undangan

Sebelum adanya UU Nomor 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat di Indonesia, penegakan hukum praktek persaingan usaha curang dan praktek monopoli yang dilakukan oleh seseorang/ pelaku usaha yang menimbulkan kerugian bagi pihak lain diatur secara umum dan tersebar dalam beberapa peraturan seperti peraturan di bidang hukum perdata, hukum pidana maupun hukum yang menyangkut Hak Atas Kekayaan Intelektual.

Praktek-Praktek dagang yang curang (*unfair trading practices*) dapat dituntut secara pidana berdasarkan ketentuan Pasal 382 bis Kitab Undang-Undang Hukum pidana. Demikian pula pesaing yang dirugikan akibat Praktek-Praktek dagang yang curang dapat menuntut secara perdata berdasarkan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.⁶

Secara yuridis, keberlakuan UU Nomor 5/1999 adalah sebagai undang-undang khusus, sehingga sesuai asas *lex specialis derogat legi generalis*, sepanjang telah diatur tersendiri dalam UU Nomor 5/1999 maka ketentuan yang bersifat umum dalam KUHPerdata dan perundang-undangan lainnya terkait hukum persaingan usaha maupun hukum acara perdata menjadi tidak berlaku.

Pengaturan hukum persaingan usaha di Indonesia termuat dalam peraturan-peraturan sebagai berikut :

- a. UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
- b. Keputusan Presiden Nomor 75/1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha
- c. Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 UU Nomor 5/1999 tentang Larangan Persekongkolan dalam tender;
- d. Keputusan Ketua KPPU Nomor 05/KPPU/IX/2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran terhadap UU Nomor 5/1999;
- e. Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 01 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah dan diganti dengan Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 3 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU.

Mengacu Pasal 22 UU Nomor 5/1999, pengertian persekongkolan tender yaitu kerjasama antara dua pihak atau lebih dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Oleh karena itu, persekongkolan dalam tender dapat dilakukan secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian, penawaran sebelum dimasukkan, atau menciptakan persaingan semu, atau menyetujui dan atau memfasilitasi, atau pemberian kesempatan eksklusif, atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.⁷

⁶ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 54-55.

⁷ Lampiran Peraturan KPPU No.2, *Ibid*, h.7

Pada dasarnya, norma larangan persekongkolan dalam tender merupakan perilaku yang bersifat *rule of reason* yaitu kegiatan berusaha yang tidak sehat, tidak jujur, melawan hukum atau menghambat persaingan. Untuk dapat mengetahui apakah suatu tender itu dilakukan secara bersekongkol dapat diketahui melalui proses pengadaan tender itu sendiri.⁸

Kemudian unsur-unsur persekongkolan tender berdasar Pasal 22 UU Nomor 5/1999, dapat diuraikan sebagai berikut:

- a. Adanya dua atau lebih pelaku usaha atau pelaku usaha dengan pihak lain; Persekongkolan tidak hanya dilakukan antarpelaku usaha (sesama peserta tender) atau disebut juga persekongkolan horizontal namun juga dapat dilakukan antara pelaku usaha dengan pihak lain seperti panitia pengadaan (persekongkolan vertikal) serta dapat terjadi antara dua pelaku usaha atau lebih dengan pihak lain (persekongkolan horizontal dan vertikal).
- b. Terdapat kerja sama (bersekongkol) dalam mengatur dan/atau menentukan peserta tender tertentu sebagai pemenang tender.
- c. Persekongkolan tender dimaksud untuk melakukan penguasaan pasar;
- d. Persekongkolan tender tersebut mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.⁹

Sementara itu, menurut Peraturan KPPU Nomor 2/2010, pengertian bersekongkol adalah kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Unsur bersekongkol, yaitu:

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

⁸ Rachmadi Usman, *Op.cit.* h.483-484.

⁹ *Loc.Cit*

7) Pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait baik secara langsung maupun tidak kepada peserta tender dengan cara melawan hukum.¹⁰

Persekongkolan tender dapat dibedakan menjadi 3 (tiga), yaitu persekongkolan horizontal, persekongkolan vertikal, dan gabungan persekongkolan vertikal dan horizontal.¹¹

1. Persekongkolan Horizontal

Merupakan persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya. Persekongkolan ini dapat dikategorikan sebagai persekongkolan dengan menciptakan persaingan semu diantara peserta tender.

2. Persekongkolan Vertikal

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

3. Persekongkolan horizontal dan vertikal

Merupakan persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Persekongkolan ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender. Salah satu bentuk persekongkolan ini adalah tender fiktif, dimana baik panitia tender, pemberi pekerjaan, maupun para pelaku usaha melakukan suatu proses tender hanya secara administratif dan tertutup.

Dari penjelasan-penjelasan di atas, dapat diketahui bagaimana pengaturan persekongkolan tender dalam peraturan perundang-undangan khususnya UU Nomor 5/1999 dan Peraturan KPPU Nomor 2/2010 cukup rumit dan luas. Mengingat definisi yang diberikan UU Nomor 5/1999 tentang persekongkolan tender masih normatif dan umum, untuk itu KPPU menerbitkan Peraturan KPPU Nomor 2/2010 tentang pedoman Pasal 22 UU Nomor 5/1999 tentang Larangan

¹⁰ Lampiran Peraturan KPPU Nomor 2, *Ibid*, h.6.

¹¹ Lampiran Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 UU Nomor 5/1999, Bab IV Persekongkolan dalam tender dan contoh kasus, *Ibid*, h.7.

Persekongkolan dalam tender. Dalam hal ini, penulis sepakat dengan aturan KPPU yang memberikan aturan/pedoman lebih tegas dan terperinci terkait persekongkolan tender seperti apa saja konsep dan definisi persekongkolan dalam tender, jenis-jenis persekongkolan, kerugian akibat persekongkolan tersebut, hingga hal-hal yang perlu diperhatikan dalam menganalisis ada tidaknya persekongkolan dalam tender. Sementara itu, definisi persekongkolan tender yang tepat adalah mengacu pada pasal 22 UU No. 5/1999 itu sendiri yaitu, persekongkolan antara pelaku usaha dengan pihak lain (tidak hanya pelaku usaha) untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender sehingga menghambat adanya persaingan usaha tidak sehat.

Persekongkolan tender di beberapa negara dianggap sebagai tindakan ilegal dan jenis pelanggaran yang sangat berbahaya karena dapat merugikan negara. Sebagai contoh, Amerika Serikat melakukan pengawasan ketat terhadap *bid rigging* dengan menetapkan praktik tersebut sebagai tindakan kriminal dan memberikan denda yang sangat tinggi terhadap tindakan *bid rigging*.¹² Hal ini wajar mengingat istilah persekongkolan (*conspiracy*) pertama kali ditemukan pada *Antitrust Law* di Amerika Serikat melalui Yurisprudensi Mahkamah Tertinggi Amerika Serikat terkait dengan Pasal 1 *the Sherman Act* yang berbunyi,

*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or **conspiracy, in restraint of trade** or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.*

Dalam ketentuan Pasal 1 *the Sherman Act* disebutkan bahwa setiap kontrak, bentuk kombinasi dari *trust* atau sebaliknya, atau persekongkolan untuk menghambat perdagangan diantara beberapa negara, atau dengan negara asing, dinyatakan ilegal.¹³ Sebagai perbandingan, di Australia, kolusi tender termasuk salah satu praktik perdagangan yang dianggap paling merusak kegiatan perdagangan. *Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)* merupakan suatu badan sejenis KPPU yang bertugas untuk memastikan bahwa praktik perdagangan berjalan sesuai dengan persaingan *Commonwealth* perdagangan yang adil dan hukum perlindungan konsumen¹⁴ Pada dasarnya UU Anti Monopoli di Australia (*Trade Practice Act 1974/TPA*) tidak mengatur secara jelas dan tegas terkait

¹² Syarip Hidayat, "Persekongkolan dlm Tender yang Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Studi Kasus di Indonesia, Amerika Serikat, dan Kanada", <https://syukriy.wordpress.com/2008/08/18/persekongkolan-dlm-tender-yang-mengakibatkan-persaingan-usaha-tidak-sehat-studi-kasus-di-indonesia-amerika-serikat-dan-kanada/>, diunduh 11 Mei 2018.

¹³ Andi Fahmi Lubis, *et.al*, Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks&Konteks, http://www.kppu.go.id/docs/buku/buku_ajar.pdf, diunduh 16 Mei 2018.

¹⁴ Akira Mairilia, "Perbandingan Peranan Komisi Persaingan Usaha di Amerika Serikat, Australia, Perancis, Jepang dan Indonesia dalam Penyelesaian Perkara Usaha", Tesis FH Universitas Indonesia, Jakarta: Universitas Indonesia, Januari 2013, h.38.

aturan persekongkolan tender. Namun ACCC telah mendefinisikan persekongkolan tender sebagai suatu persekongkolan tender yang dilakukan ketika dua atau lebih kompetitor setuju untuk tidak saling bersaing satu sama lain sehingga memungkinkan salah satu dari mereka akan pasti menang. Mereka juga bersepakat untuk bergiliran menjadi pemenang tender melalui cara-cara mengajukan tender atau bahkan mundur dalam persaingan tersebut.¹⁵

B. Implikasi Yuridis Putusan MK No.85/PUU-XIV/2016 Tentang Pengujian pasal 22 UU No.5/1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Pada pokoknya, Putusan MK No.85/PUU-XIV/2016 merupakan putusan tidak konstitusional bersyarat/Inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yaitu ketentuan Pasal 22 bertentangan dengan UUD Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai selain “dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain” sehingga dengan kata lain pihak lain termasuk juga pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain. Persekongkolan tender merupakan suatu perilaku kerjasama yang dilakukan antar pelaku usaha dan/atau dengan pihak yang terkait sehingga menimbulkan persaingan tidak sehat yang merugikan tidak hanya terhadap pihak-pihak yang terlibat seperti peserta tender yang beritikad baik, namun merugikan masyarakat sebagai konsumen akhir yang menggunakan barang dan/jasa tersebut. Dilihat dari sisi konsumen atau pemberi kerja, persekongkolan tender dapat merugikan dalam bentuk, antara lain:

1. Konsumen atau pemberi kerja membayar harga yang lebih mahal daripada yang sesungguhnya;
2. Barang atau jasa yang diperoleh (baik dari sisi mutu, jumlah, waktu maupun nilai) seringkali lebih rendah dari yang akan diperoleh apabila tender dilakukan dengan jujur;
3. Terjadi hambatan pasar bagi peserta potensial yang tidak memperoleh kesempatan untuk mengikuti dan memenangkan tender;
4. 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 persekongkolan tersebut berpotensi menimbulkan ekonomi biaya tinggi.¹⁶

¹⁵ <https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels/bid-rigging>, diunduh 15 Mei 2018.

¹⁶ Rachmadi Usman, *Op.Cit.*, h. 494.

5. Kemungkinan terjadinya pembagian kesempatan maupun wilayah kerja apabila terjadi pengaturan sesama maupun untuk peserta tender.¹⁷

Dengan adanya putusan MK No.85/PUU-XIV/2016 tidak hanya memberikan kepastian hukum tetapi juga keadilan terhadap para stakeholder yang meliputi pelaku usaha dan pemerintah serta utamanya terhadap kesejahteraan masyarakat sebagai konsumen akhir yang menjadi sasaran/tujuan dari pembentukan UU No.5/1999. Peran MK sebagai penafsir final konstitusi (*the final interpreter of the constitution*) dan juga pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of the citizen's constitutional rights*) memberikan perubahan penafsiran terhadap frasa “pihak lain” merupakan salah satu ikhtiar Mahkamah dalam melindungi hak-hak konstitusional warga negaranya dalam persaingan usaha sebagaimana tercantum dalam konstitusi.

1. Terhadap Masyarakat

Hak-hak masyarakat yang diatur konstitusi seperti hak hidup sejahtera lahir dan batin [Pasal 28H ayat (1)], hak untuk mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan [Pasal 28H ayat (2)], serta hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum [Pasal 28D ayat (1)] merupakan hak konstitusional masyarakat yang perlu dilindungi. Dengan adanya persekongkolan tender menyebabkan secara tidak langsung hak-hak konstitusional masyarakat menjadi terlanggar apalagi masyarakat juga selaku pembayar pajak dimana sebagian besar persekongkolan tender adalah persekongkolan yang melibatkan instansi pemerintahan dan sumber dananya berasal dari APBN.

2. Terhadap Pelaku Usaha

Mengutip pendapat Muhammad Sadi Is yang membagi menjadi 3 (tiga) kemungkinan pelaksanaan putusan KPPU oleh pelaku usaha, dimana salah satunya pelaku usaha tidak mengajukan keberatan atau juga tidak melaksanakan KPPU.¹⁸ Hal ini biasanya disebabkan adanya ketidakpuasan pelaku usaha terhadap Putusan KPPU tersebut seperti PT Bandung Raya Indah Lestari yang menganggap Putusan KPPU telah memperluas frasa

¹⁷ Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia: Dalam Teori dan Praktek serta Penerapan Hukumnya*, Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 2014, h.326.

¹⁸ Muhammad Sadi Is, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia: sebagai Upaya Penguatan Lembaga KPPU*, Malang: Setara Press, 2016, h. 110.

“pihak lain” sehingga putusan KPPU tersebut dianggap tidak memberikan keadilan dan kepastian hukum. Oleh karena itu, dengan adanya Putusan MK ini diharapkan para pelaku usaha dapat menerima dan menjalankan putusan KPPU utamanya terkait frasa “pihak lain” karena selain telah memberikan keadilan dan kepastian hukum, sebagaimana dimuat dalam pertimbangan hukum Mahkamah, KPPU harus menerapkan prinsip kehati-hatian dan menggunakan bukti yang kuat dalam menentukan siapa yang dimaksud dengan pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain. Sebagaimana diungkapkan Sutrisno Iwantono selaku Ketua APINDO,

Ketua Tim Ahli Asosiasi Pengusaha Indonesia (Apindo), Sutrisno Iwantono, mengatakan putusan MK ini membuat pihak yang masuk dalam kategori kartel bisa lebih jelas dibandingkan sebelumnya. Sebelumnya, KPPU bisa menjerat semua pihak yang dianggap memiliki hubungan dengan pelaku kartel, baik hubungan vertikal maupun horizontal.”Berkaitan dengan ‘pihak lain’, itu siapa saja yang berkaitan dengan pelaku usaha. Memang pengertian ini menyebabkan siapa saja bisa terkena (dianggap kartel), tapi bagi Apindo, pihak lain dalam konteks persekongkolan itu hanya yang horizontal, bukan vertikal. Kalau pihak vertikal, itu masuk ke pidana, kejaksaan atau KPK, bukan KPPU.”¹⁹

3. Terhadap KPPU

KPPU sebagai salah satu unsur penegakan hukum persaingan usaha berkontribusi penting dalam menjamin pelaksanaan persaingan usaha yang sehat, hal ini penting mengingat kesejahteraan masyarakat merupakan tujuan dari penegakan hukum persaingan usaha sehat itu sendiri. Putusan MK No.85/PUU-XIV/2016 semakin menegaskan kedudukan atau posisi KPPU dalam menegakkan hukum persaingan usaha utamanya persekongkolan tender. Walaupun KPPU telah membuat aturan yang lebih rinci dan teknis dalam peraturan-peraturan KPPU, namun Putusan MK ini yang mana secara hierarki tata urutan perundang-undangan memiliki posisi yang lebih tinggi dari Peraturan KPPU menjadikan kedudukan KPPU sebagai salah satu unsur penegak hukum dalam persekongkolan tender semakin jelas dan tegas. Sebagaimana disebutkan oleh Sukarmi, salah satu Komisioner KPPU,

¹⁹ Pasca Putusan MK, Batasan Pelaku Kartel oleh KPPU Lebih Jelas, <https://finance.detik.com/berita-ekonomi-bisnis/d-3670695/pasca-putusan-mk-batasan-pelaku-kartel-oleh-kppu-lebih-jelas>, diunduh 12 Februari 2018.

Komisioner Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), Sukarmi mengapresiasi putusan MK tersebut. Dalam media gathering yang dilaksanakan di KPPU KPD Surabaya pada Jumat, 24 November 2017, Sukarmi mengaku bahwa putusan MK tidak merubah kewenangan KPPU, justru putusan MK tersebut mempertegas kewenangan KPPU dalam penyelidikan bukanlah tindakan pro justicia. Begitu pula dengan penafsiran frasa "pihak lain" semakin diperjelas. "Pihak lain yang dimaksud ialah tidak hanya sesama pelaku usaha. Bisa jadi, persekongkolan itu terjadi mulai dari proses perencanaan dan tidak berhenti pada pihak-pihak lain. Oleh karena itu, MK mempertegas, muncullah frasa baru siapa saja yang terkait dengan pelaku usaha. Itu memperluas makna pihak lain," jelas Sukarmi.²⁰

Oleh karenanya, sesuai dengan pertimbangan Mahkamah dalam putusannya dijelaskan dalam menentukan keterkaitan pihak ketiga tersebut dengan pelaku usaha terkait pemaknaan Pasal 22, KPPU harus memiliki bukti yang cukup dan menrapkan prinsip kehati-hatian untuk membuktikan adanya keterlibatan pihak ketiga tersebut.

4. Terhadap Pemerintah

Salah satu peran negara dalam kegiatan ekonomi yakni melalui perbuatan administrasi negara secara yuridis seperti pengaturan pengadaan barang dan/ atau jasa yang terkait dengan hajat hidup orang banyak dan ditujukan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Sementara itu, negara harus menciptakan peraturan persaingan usaha untuk mencapai tujuan demokrasi ekonomi sebagaimana diatur dalam Pasal 33 UUD Tahun 1945. Hal ini menyebabkan negara c.q. Pemerintah perlu menjamin adanya keadilan dan kesejahteraan masyarakat dalam perekonomian nasional mengingat persekongkolan tender berdampak negatif terhadap perekonomian.

C. Tafsir MK terhadap frasa 'pihak lain' dalam Putusan MK No.85/PUU-XIV/2016 tentang pengujian Pasal 22 UU No 5/1999

Pada hakikatnya, terdapat persoalan dan perbedaan dalam memaknai arti persekongkolan dalam UU No.5/1999. Hal ini disebabkan adanya perbedaan definisi persekongkolan yang terdapat dalam Pasal 1 angka 8 dengan pengertian persekongkolan pada Pasal 22 dalam hal subjek dan pengaturan. Mustafa Kamal Rokan berpendapat bahwa subjek hukum dalam Pasal 22 adalah pelaku usaha

²⁰ KPPU Apresiasi Putusan MK atas Gugatan PT BRIL, <http://liramedia.co.id/read/kppu-apresiasi-putusan-mk-atas-gugatan-pt-bril>, diunduh 12 Februari 2018.

dan pihak lain sedangkan dalam Pasal 1 angka 8 adalah hanya pelaku usaha. Pasal 22 mengatur persekongkolan dalam kegiatan tender (*lex specialis*) sedangkan pengaturan persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 adalah mengatur penguasaan pasar yang bersangkutan (*lex generalis*).²¹

Pendapat serupa dikemukakan Susanti Adi Nugroho yang menyatakan terdapat permasalahan dalam penerapan Pasal 22 UU No.5/1999 yakni ketika dalam praktiknya banyak ditemukan pihak yang terlibat persekongkolan tidak hanya para peserta tender tetapi juga pihak yang menyelenggarakan tender. Sehingga muncul pertanyaan apakah pihak penyelenggara tender dapat dikenakan sanksi mengacu aturan Pasal 22 mengingat Pasal *a quo* tidak menjelaskan siapa yang dimaksud dengan pihak lain, apakah pihak lain itu dapat dimaknai sebagai sesama peserta tender atau seluruh pihak yang terlibat dalam suatu tender seperti konsultan jasa penilai, konsultan hukum atau akuntan.²² Selain itu, persekongkolan dalam Pasal 22 UU No.5/1999 merupakan persekongkolan untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender sedangkan persekongkolan dalam Pasal 1 angka 8 merupakan persekongkolan untuk menguasai pasar. Hal ini menyebabkan irrelevansi dan tumpang tindih apabila definisi Pasal 1 angka 8 dimasukkan ke dalam unsur Pasal 22.²³

Tumpang tindih dalam aturan undang-undang ini kemudian berpotensi menimbulkan ketidakpastian hukum, terutama bagi para pelaku usaha, KPPU dan penegak hukum dalam menerapkan konsep persekongkolan tender. Sebagaimana telah diuraikan di atas, konsep konstitusionalisme yang dianut dalam sistem hukum Indonesia menempatkan mekanisme pengujian undang-undang ke Mahkamah Konstitusi sebagai mekanisme untuk menyelesaikan permasalahan ketidakjelasan dalam undang-undang²⁴. Selama ada dasar untuk melakukan pengujian undang-undang, maka setiap norma yang menimbulkan ketidakpastian hukum dapat diajukan dalam bentuk permohonan pengujian undang-undang ke Mahkamah Konstitusi.

Hal inilah yang juga menjadi salah satu alasan utama Pemohon perkara No.85/PUU-XIV/2016 mengajukan permohonan pengujian undang-undang ke Mahkamah Kosntitusi. Dalam perbaikan permohonannya, PT Bandung Raya Indah Lestari selaku Pemohon mengemukakan alasan pengujian Pasal 22, sebagai berikut:

²¹ Mustafa Kamal Rokan, *Op.cit*, h.168.

²² Susanti Adi Nugroho, *Op.cit*, h.270-h.271.

²³ *Ibid*, h.310-h.312.

²⁴ Lihat kewenangan MK dalam UU MK

Bahwa terdapat inkonsistensi kaidah norma antara Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 dengan Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999. Di satu sisi, Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999 menggunakan frasa "pihak lain" yang mempunyai makna umum sehingga membuka berbagai macam penafsiran. Di sisi lain, Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas menyatakan bahwa persekongkolan hanya terjadi antara pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya. Meskipun frasa "pihak lain" dapat mengacu kepada Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999, namun penggunaan frasa "pihak lain" tetap dipandang tidak memberikan kepastian hukum dan rentan untuk ditafsirkan secara subjektif dengan memperluas makna dari frasa "pihak lain" sebagaimana dalam Putusan Nomor 12/KPPU-L/2015 (videBukti P-9) dan Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 (videBukti P-10). Hal ini akan sangat berbeda dari segi kepastian hukum dan keadilan, manakala pembentuk UU Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas merumuskan frasa "pelaku usaha lain", bukan "pihak lain, dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999.²⁵

Permohonan yang diajukan oleh PT Bandung Raya Indah Lestari selaku Pemohon didasari adanya Putusan KPPU Nomor 12/KPPU-L/2015 yang menyatakan Pemohon secara sah dan meyakinkan terbukti melanggar Pasal 22 UU Nomor 5/1999 dan menyatakan pengadaan badan usaha secara pelelangan umum dalam rangka pembangunan infrastruktur pengolahan sampah berbasis teknologi ramah lingkungan melalui mekanisme kerjasama pemerintah dengan badan usaha di kota Bandung batal demi hukum. Perkara KPPU Nomor 12/KPPU-L/2015 merupakan perkara tentang dugaan pelanggaran Pasal 22 UU No. 5/1999 terkait pengadaan badan usaha secara pelelangan umum dalam rangka pembangunan infrastruktur pengolahan sampah berbasis teknologi ramah lingkungan melalui mekanisme kerjasama Pemerintah Daerah dengan badan usaha.

Pemohon beranggapan bahwa Putusan KPPU tersebut telah memperluas makna "pihak lain" dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 sehingga mencakup tidak saja "pelaku usaha lain" sebagaimana definisi persekongkolan atau konspirasi usaha yang diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa "*persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol*" tapi juga mencakup pihak-pihak lain selain pelaku usaha seperti Pihak Pemerintah *in casu* Panitia Pengadaan Badan Usaha (Terlapor I), Mantan Walikota Bandung

²⁵ Perbaikan Permohonan Perkara No.85/PUU-XIV/2016, h.19.

Dada Rosyada (Terlapor II) dan Perusahaan Daerah Kebersihan (Terlapor IV). Padahal sekiranya KPPU konsisten dalam menafsirkan frasa “Pihak lain” sesuai dengan definisi yang diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5 Tahun 1999, maka pasti Putusan KPPU tersebut tidak akan berbunyi demikian.²⁶

Terhadap permohonan tersebut, setelah melalui persidangan Mahkamah kemudian dalam putusan Nomor 85/PUU-XIV/2016 mempertimbangkan sebagai berikut:

[3.14.3] Bahwa terhadap permasalahan konstitusionalitas pertama, yakni mengenai frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang ditafsirkan selain “pelaku usaha lain” oleh KPPU,

Menurut Mahkamah, Bahwa meskipun pembatasan makna atau definisi yang terdapat dalam ketentuan umum Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 tersebut harus dimaknai secara imperatif dan dipedomani serta dilaksanakan yang terimplementasi ke dalam pasal-pasal lain yang bersifat teknis operasional agar tidak terjadi multitafsir dan ada kepastian hukum, namun penting dipertimbangkan oleh Mahkamah, bahwa adanya pembatasan pihak yang terlibat dalam persekongkolan sebagaimana yang telah diuraikan di atas, yaitu hanya terbatas pada sesama pelaku usaha ternyata tidak dapat mengatasi modus berbagai praktek persekongkolan yang semakin beranekaragam, mengingat semakin pesat persaingan usaha dan berbagai kemajuan teknologi, seperti halnya dalam persekongkolan tender, dimana kerjasama untuk mengatur tender dapat terjadi sejak tahap perencanaan, penyusunan DIPA, pembentukan panitia, dan dokumen persyaratan, prakualifikasi HPS, pada saat pembukaan tender, bahkan pada tahap paling akhir yaitu evaluasi pelaksanaan, sehingga pembatasan secara imperatif sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 tidak cukup lagi untuk mengimbangi dan menjawab kebutuhan terhadap pemberantasan persekongkolan dimaksud guna menciptakan persaingan usaha yang sehat, demikian pula dalam modus yang dipakai dalam persekongkolan yang lainnya.

Bahwa Mahkamah berpendapat agar makna persekongkolan sebagaimana yang dimaksudkan pada Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 dapat menjawab dan mengimbangi kompleksitas modus persekongkolan yang ada, maka harus diperluas tidak saja hanya antar pelaku usaha dalam pengertian yang konvensional akan tetapi juga “pihak yang terkait dengan pelaku usaha”. Pemaknaan demikian menurut Mahkamah tidak saja menjadikan frasa “pihak lain” sebagaimana yang diatur dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang ada dalam Praktek

²⁶ Perbaikan Permohonan Perkara No.85/PUU-XIV/2016, *Ibid*, h.10.

selama ini dan dapat menjangkau siapa saja dan tanpa batas, akan tetapi diharapkan akan menjadi terbatas yaitu sampai pada pihak yang ada kaitannya dengan pelaku usaha. Oleh karena itu, KPPU harus memiliki bukti yang cukup untuk membuktikan adanya keterlibatan pihak ketiga dalam menentukan keterkaitannya dengan pelaku usaha. Dengan demikian diperlukan kehati-hatian KPPU dalam menentukan keterkaitan pihak ketiga tersebut dengan pelaku usaha. Dengan demikian sepanjang KPPU tidak memiliki bukti yang cukup tentang keterkaitan pihak ketiga dengan pelaku usaha lainnya, hal itu tidak dapat diartikan sebagai bentuk persekongkolan. Oleh karena itu pemaknaan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang berkenaan dengan frasa “pihak lain” harus menyelaraskan dengan semangat yang ada dalam Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 sebagaimana yang telah Mahkamah pertegas di atas, yaitu “pihak yang terkait dengan pelaku usaha”.

[3.14.4] Bahwa pertanyaan selanjutnya yang harus dijawab adalah apakah KPPU berwenang menafsirkan frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 sebagai selain “pelaku usaha lain” sebagaimana telah dipertimbangkan dalam paragraf **[3.14.3]** di atas. Dalam Pasal 35 huruf f UU5/1999 disebutkan bahwa salah satu tugas KPPU adalah menyusun pedoman dan/atau publikasi yang berkaitan dengan UU 5/1999. Selanjutnya Pasal 38 ayat (4) UU 5/1999 menyatakan bahwa tata cara penyampaian laporan sebagaimana dimaksud pada ayat(1) dan ayat(2) diatur lebih lanjut oleh Komisi.

Bahwa berkenaan dengan hal tersebut UU 5/1999 tidak secara eksplisit mendelegasikan kewenangan mengatur kepada KPPU. Pasal 35 huruf f UU5/1999 hanya memungkinkan KPPU untuk menyusun pedoman kerja atau “manual” yang meskipun isinya dapat saja bersifat mengatur tetapi hanya sebatas sebagai pedoman. Namun demikian untuk menilai tentang pedoman kerja atau “manual” yang dikeluarkan oleh KPPU hingga membuat penafsiran tentang pemaknaan pelaku usaha lain menjadi pihak lain sebagaimana yang diatur dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999, Mahkamah harus membatasi diri untuk tidak terlalu jauh menilai hal tersebut, mengingat bukan menjadi kewenangan Mahkamah untuk menilai legalitas sebuah peraturan yang berada di bawah Undang-Undang. Oleh karena itu terkait dengan penafsiran KPPU tentang frasa “pelaku usaha lain” menjadi “pihak lain” yang didasarkan pada kewenangan yang ada dalam Pasal 35 huruf f dan Pasal 38 ayat (4) UU 5/1999 adalah menjadi domain lembaga lain dalam hal ini Mahkamah Agung untuk mengujinya. Namun demikian penting ditegaskan, KPPU dalam menyusun pedoman dimaksud harus mempertimbangkan dan tidak boleh bertentangan dengan tafsir Mahkamah terhadap pengertian “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal

23, dan Pasal 24 UU 5/1999 sebagaimana ditegaskan dalam paragraf [3.14.3] di atas.

[3.14.5] Bahwa berdasarkan uraian pertimbangan hukum pada paragraf [3.14.3] dan paragraf [3.14.4] diatas, argumentasi Pemohon bahwa frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 yang tidak selaras dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 yang telah dipertimbangkan pada paragraf [3.14.3] dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 beralasan menurut hukum untuk sebagian, mengingat Mahkamah tidak mengabulkan sebagaimana yang dimohonkan Pemohon, namun Mahkamah berpendapat bahwa frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 UU 5/1999 harus dimaknai “terkait pelaku usaha lain”.

Jika melihat pertimbangan Mahkamah di atas, dapat diketahui bahwa Mahkamah telah mempertimbangkan berbagai aspek mengenai implementasi undang-undang tersebut. Hal ini dapat dilihat apabila Mahkamah juga menggunakan keterangan KPPU untuk menentukan konstitusionalitas pasal tersebut atau memperjelas/mempertegas mengenai frasa “pihak lain” dalam Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 dalam UU No.5/1999. Dapat dilihat juga walaupun objek dari pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 berbeda, namun untuk memperjelas/mempertegas frasa “pihak lain” maka Mahkamah mempertimbangkan ketiga pasal tersebut secara bersamaan untuk mencegah adanya perbedaan pemaknaan dalam UU No.5/1999.

Dalam amar putusannya, dapat disimpulkan bahwa telah terjadi perubahan atau penegasan pemaknaan frasa “pihak lain” sehingga yang dimaksud dengan “pihak lain” adalah *pelaku usaha lain dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat*. Dengan demikian, persekongkolan tender tidak hanya terdiri atas satu pelaku dengan pelaku satu lainnya, tetapi juga termasuk didalamnya pelaku usaha lain dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain. Tidak menutup kemungkinan pejabat instansi pemerintah pun termasuk sebagai pihak yang terkait. Lazimnya, pengadaan suatu barang dan/jasa yang dilakukan pemerintah baik pusat maupun daerah melalui proses tender memicu persaingan yang cukup tinggi mengingat dana yang diberikan berasal dari dana APBN dan/atau APBD sehingga banyak pelaku usaha yang bersaing untuk mendapatkan proyek dari pemerintah dengan berbagai korupsi dan kolusi.

KESIMPULAN

Konsep persekongkolan tender menurut peraturan perundang-undangan yaitu diatur dalam ketentuan Pasal 1 angka 8 dan Pasal 22 UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang lebih rinci dalam peraturan turunannya, melalui Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 UU No. 5/1999 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender. Baik dalam UU No. 5/1999 maupun Peraturan KPPU No. 2/2010 mendefinisikan persekongkolan tender sebagai bentuk kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk menguasai pasar yang bersangkutan atau memenangkan peserta tender yang mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Kemudian, implikasi yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi No. 85/PUU-XIV/2016 ini bermanfaat tidak hanya untuk menjamin kepastian hukum dan keadilan bagi pelaku usaha utamanya masyarakat namun juga untuk penegak hukum persaingan usaha itu sendiri khususnya KPPU dalam melaksanakan tugas dan kewenangannya. Putusan MK ini semakin memperjelas dan mempertegas kedudukan KPPU dalam menegakkan dan mengawasi persekongkolan tender.

Sebagai saran, yaitu perlu adanya harmonisasi dan sinkronisasi antara peraturan perundang-undangan yang satu dengan lainnya utamanya pasca Putusan MK No. 85/PUU-XIV/2016 agar tidak terjadi tumpang tindih antara peraturan yang satu dengan peraturan lainnya. Apabila terdapat pasal-pasal dalam UU No. 5/1999 dianggap belum cukup mengakomodir kepentingan para *stakeholder* yang dilindungi konstitusi dalam menjaga iklim persaingan usaha yang sehat ketika menjalankan kegiatan usahanya, maka dapat dilakukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar di Mahkamah Konstitusi. Kemudian, apabila pada akhirnya terdapat banyak pasal-pasal yang diujikan menjadikan ketentuan UU No. 5/1999 mengalami beberapa perubahan, maka disarankan kepada Pemerintah dan DPR sebagai pembentuk undang-undang untuk adanya revisi UU No. 5/1999 melalui Prolegnas.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Asshiddiqie, Jimly, 2008, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

- , *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2005.
- Hermansyah, *Pokok-Pokok Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009.
- Indrati, Maria Farida, 2007, *Ilmu Perundang-undangan 1: Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, Yogyakarta: Kanisius.
- Juwana, Hikmahanto, dkk., 2003, *Peran Lembaga Peradilan Dalam Menangani Perkara Persaingan Usaha*, Jakarta: Partnership for Business Competition (PBC).
- Mertokusumo, Sudikno, 2005, *Mengenal Hukum (suatu pengantar)*, Yogyakarta: Liberty.
- Meyliana, S.K, Devi, 2013, *Hukum Persaingan Usaha: Studi Konsep Pembuktian Terhadap Perjanjian Penetapan Harga dalam persaingan Usaha*, Malang: Setara Press.
- Natasya Sirait, Ningrum, 2011, *Hukum Persaingan di Indonesia; Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Medan: Universitas Sumatera Utara.
- Nugroho, Susanti Adi, 2014, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia: Dalam Teori dan Praktek serta Penerapan Hukumnya*, Jakarta: Kencana Prenadamedia Group.
- Rokan, Mustafa Kamal, 2010, *Hukum Persaingan Usaha (Teori dan Prakteknya di Indonesia)*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada.
- Sadi Is, Muhammad, 2016, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia: sebagai upaya penguatan lembaga KPPU*, Malang : Setara Press.
- Sembiring, Sentosa, 2015, *Hukum Dagang*, Bandung : PT Citra AdityaBakti.
- Siswanto, Arie, 2004, *Hukum Persaingan Usaha*, Bogor: Ghalia Indonesia.
- Soekanto, Soerjono, 2010, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: Universitas Indonesia.
- Tim Penyusun Hukum Acara MK, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI.
- Usman, Rachmadi, 2013, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.

Jurnal

Anggraini, Anna Maria Tri, 2013, "Sinergi BUMN dalam Pengadaan Barang dan/ atau Jasa dalam Perspektif Persaingan Usaha", *Mimbar Hukum*, Volume 25 Nomor 3, Oktober 2013, h. 446-460.

Tesis

Mairilia, Akira, "Perbandingan Peranan Komisi Persaingan Usaha di Amerika Serikat, Australia, Perancis, Jepang dan Indonesia dalam Penyelesaian Perkara Usaha", Tesis FH Universitas Indonesia, Jakarta: Universitas Indonesia, Januari 2013,

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Kitab Undang-undang Hukum Perdata

UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan UU No.8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU No.24/2003 tentang MK.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 85/PUU-XIV/2016 Tentang Pengujian Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Peraturan Komisi Pengawasan Persaingan Usaha Nomor. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender.

Internet

Website KPPU, www.kppu.go.id, diunduh pada tanggal 26 Oktober 2017.

Redaksi Lira media, KPPU Apresiasi Putusan MK atas Gugatan PT BRIL, <http://liramedia.co.id/read/kppu-apresiasi-putusan-mk-atas-gugatan-pt-bril>, diunduh pada tanggal 12 Februari 2018.

Muhammad Idris, Pasca Putusan MK, batasan pelaku kartel oleh KPPU lebih jelas, <https://finance.detik.com/berita-ekonomi-bisnis/d-3670695/pasca-putusan-mk-batasan-pelaku-kartel-oleh-kppu-lebih-jelas>, diunduh pada tanggal 12 Februari 2018.

<https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels/bid-rigging>,
diunduh 15 Mei 2018

Andi Fahmi Lubis, *et.al*, Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks&Konteks, http://www.kppu.go.id/docs/buku/buku_ajar.pdf, diunduh 16 Mei 2018.

Website ACCC, <https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels/bid-rigging>, diunduh 15 Mei 2018.