

**PENERAPAN PENDEKATAN *RULE OF REASON* TERHADAP PERSEKONGKOLAN
TENDER BERDASARKAN UNDANG-UNDANG NO. 5 TAHUN 1999 TENTANG
LARANGAN PRAKTIK MONOPOLI DAN PERSAINGAN
USAHA TIDAK SEHAT**

Oleh: Sabrena Sukma

Program Kekhususan : Hukum Perdata Bisnis

Pembimbing 1 : Rika Lestari, S.H., M.Hum.

Pembimbing 2 : Dasrol, S.H., M.H.

**Alamat: Jalan Kembang Harapan, Gang Seliangguri, Kelurahan Cinta Raja,
Kecamatan Sail, Pekanbaru**

Email/Telepon : sabrenasukmaa@gmail.com / 082289302534

ABSTRACT

Business conspiracy or conspiracy is a form of cooperation carried out by business actors with other business actors with the intention of controlling the relevant market for the interests of the conspiring business actors. The Business Competition Supervision Commission (KPPU) is tasked with examining alleged violations of Law Number 5 of 1999 concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition, and each decision uses a Per Se Illegal approach and a Rule of Reason approach. In the case of tender conspiracy, the Commission Council must apply the Rule of Reason approach in its decision to analyze the case. However, the KPPU's decision has not been consistent in applying the Rule of Reason approach to the case of tender conspiracy by the government. Therefore, the research objectives of this thesis are, firstly, to determine the variation of the application of the Rule of Reason approach to the KPPU's decision on the procurement of goods/services by the government. Second, to find out the ideal indicators in the application of the Rule of Reason approach to the KPPU's decision. This study uses normative/legal research methods to analyze case studies. This study uses secondary data sources by using primary legal materials, secondary legal materials, and tertiary legal materials. From the results of the study there are 2 main things that can be concluded. First, the variation of the application of the Rule of Reason approach to the KPPU's decision on the procurement of goods/services by the government is contained in Decision Number 04/KPPU-L/2020, Decision Number 05/KPPU-I/2020 and Decision Number 35/KPPU-I/2020. Where in the decision Number 04/KPPU-L/2020 and Decision No.05/KPPU-I/2020 the Rule of Reason approach has not been implemented perfectly, and in Decision Number 35/KPPU-I/2020 the Rule of Reason approach has been implemented perfectly. Second, the ideal indicator to apply the Rule of Reason approach is regulated in Article 22 of the 1999 Law on the Prohibition of Conspiracy, which regulates indications of conspiracy in tenders. In decision Number 04/KPPU-L/2020 the Commission Council did not apply the Rule of Reason approach perfectly. In decision Number 05/KPPU-I/2020 the Commission Council has not implemented the Rule of Reason approach perfectly. In decision Number 35/KPPU-I/2020 The Commission application of the Rule of Reason has been perfect.

Keywords: Rule Of Reason Approach, Tender Conspiracy, KPPU

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Persekongkolan usaha dalam Pasal 1 angka (8) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (yang selanjutnya disebutkan dengan Undang-Undang tentang Anti Monopoli) 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.

Dalam penjelasan Pasal 22 Undang-Undang tentang Anti Monopoli, disebutkan bahwa yang dimaksud dengan tender adalah tawaran untuk mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa.¹

KPPU memeriksa dugaan pelanggaran terhadap Undang-Undang tentang Anti Monopoli berdasarkan pendekatan yang sesuai dengan Undang-Undang tersebut.² KPPU harus mementingkan kepentingan umum daripada kepentingan perorangan dalam menangani dugaan pelanggaran hukum anti monopoli.³

Pendekatan hukum terhadap pelanggaran undang-undang tentang Anti Monopoli, dapat digunakan dengan 2 (teori) pendekatan oleh otoritas KPPU untuk menganalisis apakah telah terjadi atau tidak indikasi

pelanggaran undang-undang tersebut oleh pelaku usaha. Pendekatan yang digunakan yaitu pendekatan secara yuridis dan pendekatan ekonomi. Pendekatan yuridis ini digunakan dengan cara menganalisis apakah suatu perbuatan, perjanjian ataupun suatu kegiatan melanggar ketentuan hukum persaingan usaha. Pendekatan yuridis (hukum) ini dapat dibagi menjadi 2 (dua), yakni pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason*.⁴

Pada kenyataannya dalam kasus-kasus persaingan, penggunaan kedua pendekatan ini tidak mudah untuk diterapkan. Karena tidak semua orang mempunyai persepsi yang sama terhadap pengertian yang menyatakan suatu tindakan dinyatakan mutlak melanggar aturan ataupun dapat diputuskan setelah melihat argumentasi dan alasan rasional tindakannya. Banyak metode yang dicoba oleh akademisi, ahli hukum persaingan dan praktisi hukum untuk menetapkan aplikasi ini walaupun tidak bersifat mutlak. Oleh sebab itu, selama waktu ini, perdebatan masih tetap berlangsung dalam hukum persaingan ketika menentukan ukuran faktor *reasonableness* tersebut.⁵

Dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah, dinilai oleh beberapa kalangan banyak dijumpai praktek *persekongkolan* untuk pemenang dalam sebuah tender.⁶ Ada beberapa kasus persekongkolan tender di bidang pengadaan barang/jasa pemerintah yang menarik perhatian peneliti, yaitu:

- a. Putusan No. 04/KPPU-L/2020
- b. Putusan No. 05/KPPU-I/2020
- c. Putusan No. 35/KPPU-I/2020

¹ Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia: Dalam Teori dan Praktik Serta Penerapan Hukumnya*, Kencana, Jakarta, 2012, hlm 280

² Lewinda Oletta Sidabutar, *Pendekatan "Per Se Illegal" dan "Rule of Reason" dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, *Jurnal Recht Vinding*, 2020, hlm. 2

³ Knud Hansen, *Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Katalis Publishing-Media Service, Jakarta, 2002, hlm 389.

⁴ Henny Damaryanti, *Penerapan Pendekatan Per se Illegal dalam Pemeriksaan Kasus Penetapan Harga Berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Studi Kasus Putusan KPPU RI No. 14/KPPU-I/2014)*, e- *Jurnal Hukum Media Bhakti*, 2017, hlm. 4.

⁵ Iqbal Albana, *Penerapan Pendekatan Rule of Reason terhadap Bentuk Persekongkolan Tender dalam Perkara Pendjudan 2 (dua) Unit Kapal Tanker VLCC PT. Pertamina*, Progam Studi Ilmu Hukum Universitas Indonesia, Tesis, 2010, hlm. 14.

⁶ Akmal Mutiara, *Persekongkolan dalam tender preservasi rekontruksi jalan dan pemeliharaan rutin (studi kasus KPPU Nomor 05/KPPU-L/2018)*, Skripsi, Program Studi Ilmu Hukum UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2020, hlm. 3

Dimana ketiga perkara diatas melanggar Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Namun, meski melanggar Pasal yang sama namun putusan yang dikeluarkan KPPU pada masing-masing perkara tersebut berbeda. Dalam memutuskan perkara persaingan usaha, Majelis Komisi harus memastikan bahwa akibat dari tindakan pelaku usaha berakibat pada persaingan usaha atau tidak serta dampaknya bagi konsumen dan ekonomi pasar. Maka berdasarkan hal sebagaimana disebutkan diatas, diperlukan adanya penelitian yang lebih mendalam terkait penerapan pendekatan *rule of reason* oleh Majelis KPPU dalam menangani perkara tender pengadaan barang dan jasa pemerintah, melalui studi kepustakaan dengan mempelajari literatur-literatur serta peraturan perundang-undangan yang berkaitan.

Maka dari latar belakang di atas, penulis ingin mengangkat judul mengenai **“Penerapan Pendekatan Rule Of Reason Terhadap Persekongkolan Tender Berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat”**.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana penerapan pendekatan *Rule of Reason* pada putusan KPPU tentang pengadaan barang/jasa oleh pemerintah?
2. Bagaimana indikator yang ideal untuk menerapkan *Rule of Reason* pada putusan KPPU?

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

1. Tujuan Penelitian

- a. Untuk mengetahui variasi dari penerapan pendekatan *Rule of Reason* pada putusan KPPU tentang pengadaan barang/jasa oleh pemerintah;
- b. Untuk mengetahui indikator yang ideal dalam penerapan pendekatan *Rule of Reason* pada putusan KPPU.

2. Kegunaan Penelitian

- a. Kegunaan teoritis
- b. Kegunaan praktis

D. Kerangka Teori

1. Teori Penemuan Hukum/*Rechtsvinding*

Penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum yang diberi tugas melaksanakan hukum atau menerapkan peraturan-peraturan hukum (*das sollen*) terhadap suatu peristiwa yang konkret (*das sein*).⁷ Hakim bukan sekedar memindahkan pasal-pasal dari undang-undang dalam pertimbangan hukumnya untuk menjatuhkan putusan, namun menurut ungkapan Paul Scholten menjalankan *rechtsvinding* (menemukan hukum).⁸

2. Teori Hermeneutika Hukum

Dalam konteks ilmu hukum, hermeneutika adalah ilmu atau seni menafsirkan suatu pasal atau ketentuan (*schriftverklaring*). Hermeneutika berangkat dari kecurigaan akan suatu teks undang-undang, naskah ataupun argumentasi yang dikemukakan hakim dalam putusannya. Aksentualisasinya adalah upaya mencari jawaban dari apa, kapan, dan yang paling mendasar adalah mengapa.⁹

Francis Lieber menyatakan bahwa hukum mesti menggunakan hermeneutika dalam memahami teks, kata, atau isi hukum itu sendiri.¹⁰

E. Kerangka Konseptual

Peneliti memberikan kerangka konseptual terhadap istilah-istilah yang digunakan, yaitu sebagai berikut:

1. Persekongkolan tender adalah pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau

⁷ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014, hlm. 49.

⁸ Nurmin K Martam, *Tinjauan Yuridis tentang Rechtsvinding (Pemenuhan Hukum) dalam Hukum Perdata Indonesia*, *Gorontalo Law Review*, Vol. I, No. 1, 2018, hlm. 81

⁹ M. Natsir Asnawi, *Hermeneutika Putusan Hakim: Pendekatan Multidisipliner dalam Memahami Putusan Peradilan Perdata*, UII Press, Yogyakarta, 2020, hlm. 3

¹⁰ Urbanus Ura Weruin, Dwi Andayani B, St. Atalim, *Hermeneutika Hukum: Prinsip dan Kaidah Interpretasi Hukum Legal Hermeneutics: Principles and Rules of Legal Interpretation*, *Jurnal Konstitusi*, Vol. XII, No. 1, 2016, hlm. 103

menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.¹¹

2. Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut dengan Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa oleh Kementerian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah/Institusi lainnya yang prosesnya dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa.¹²
3. Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 adalah peraturan yang mengatur seluruh kegiatan yang dilarang dalam usaha mengenai monopoli, persekongkolan tender, persaingan usaha dan lain-lain.

F. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif atau yang dikenal *legal research*.¹³ Penelitian Hukum Normatif menurut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji adalah penelitian yang dilakukan dengan cara meneliti bahan kepustakaan (data sekunder).¹⁴ Lebih jauh ini berarti penelitian hukum normatif berperan untuk mempertahankan aspek kritis dari keilmuan hukumnya sebagai ilmu normatif yang *sui generis*. Oleh karena itu, landasan teoritis

yang digunakan adalah landasan teoritis yang terdapat dalam tataran teori hukum normatif.¹⁵

Penelitian ini adalah penelitian yang bersifat deskriptif, yakni suatu metode penelitian yang menggambarkan keadaan yang sebenarnya pada saat berlangsungnya penelitian melalui pengumpulan data yang kemudian diinterpretasikan satu sama lain sehingga diperoleh perumusan dan analisa terhadap suatu masalah yang ada.

2. Sumber Data

1. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang mempunyai *autoritatif*, mengikat yang terdiri dari peraturan perundang-undangan dan konvensi internasional yang berkaitan.¹⁶ Data primer yang digunakan yakni:

- 1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945;
- 2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
- 3) Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa;
- 4) Peraturan Presiden Nomor 4 Tahun 2015 tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah
- 5) Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 04/KPPU-L/2020
- 6) Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 05/KPPU-I/2020
- 7) Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 35/KPPU-I/2020.

2. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder yakni bahan hukum yang dapat mendukung dan

¹¹ Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

¹² Pasal 1 Angka (1) Peraturan Presiden No. 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah

¹³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Revisi, Kencana, Jakarta, 2013, hlm.47

¹⁴ Jonaedi Efendi dan Johnny Ibrahim, *Metode Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Prenadamedia Group, Depok, 2018. Hlm.129

¹⁵ I Made Pasek Diantha, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2017, hlm.12

¹⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2006, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, PT.Raja GrafindoPersada, Jakarta, hlm.24

memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer.¹⁷ Yakni *dapat* berupa hasil-hasil penelitian, hasil karya ilmiah dari kalangan hukum dan lainnya.

3. Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier yaitu bahan hukum yang dapat memberikan penjelasan dan menjadi pendukung bagi bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.¹⁸ Contohnya seperti kamus, ensiklopedia, indeks kumulatif dan lain sebagainya.

3. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian kepustakaan. Disebut Penelitian kepustakaan karena data-data atau bahan-bahan yang diperlukan dalam menyelesaikan penelitian tersebut berasal dari perpustakaan baik berupa buku, ensiklopedia, kamus, jurnal, dokumen, majalah dan lain sebagainya.¹⁹

4. Analisis Data

Analisis data yang digunakan penulis dalam penelitian ini adalah analisis data kualitatif dan menarik kesimpulan menggunakan metode secara deduktif.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Hukum Persekongkolan Tender

1. Pengertian Persekongkolan Tender

Persekongkolan tender (*bid rigging*) merupakan suatu kegiatan yang dilakukan para pelaku usaha

dengan cara melakukan kesepakatan-kesepakatan yang bertujuan memenangkan tender.²⁰ Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Anti Monopoli memberikan definisi persekongkolan atau konspirasi adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.²¹ Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa.

Bid rigging diatur pada pasal 22 Undang-Undang Anti Monopoli, bahwa Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.²² Dari ketentuan pasal 22 tersebut dapat diketahui unsur-unsur persekongkolan tender adalah :²³

1. adanya dua atau lebih pelaku usaha;
2. adanya persekongkolan;
3. terdapat tujuan untuk Mengatur dan/atau Menentukan Pemenang Tender (MMPT); dan
4. mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

2.2. Bentuk-Bentuk Persekongkolan Tender

Adapun bentuk-bentuk persekongkolan tersebut adalah:

- a. *Bid suppression*
- b. *Complementary bidding*

¹⁷ Ani Purwati, *Metode Penelitian Hukum Teori Dan Praktek*, Jakad Media Publishing, Surabaya, 2020, hlm. 90

¹⁸ Ani Purwati, *Metode Penelitian Hukum Teori Dan Praktek*, Jakad Media Publishing, Surabaya, 2020, hlm. 90

¹⁹ Nursapia harahap, *Penelitian Kepustakaan, Jurnal Iqra'*, IAIN –SU Medan, Vol. 08, No.1 Tahun 2014, hlm.68

²⁰ Ginanjar Bowo Saputra, *Penegakan Hukum Persekongkolan Tender Menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, *Privat Law*, Vol VI No 2, 2018, hlm 215

²¹ Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

²² Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

²³ Mochamad Yusuf Adidana, <https://www.hukumonline.com/berita/a/persekongkolan-tender-sebagai-suatu-tindakan-yang-anti-persaingan-sehat-hol18357>, di akses pada tanggal 14 februari 2022 Pukul 14.00 WIB

c. *Bid rotation*²⁴

d. *Subcontracting*²⁵

Berdasarkan Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, Persekongkolan Tender dapat dibedakan pada tiga jenis, yaitu:²⁶

1. Persekongkolan horizontal
2. Persekongkolan Vertikal
3. Persekongkolan Horizontal dan Vertikal

B. Hukum Persaingan Usaha

2.2 Pengertian Hukum Persaingan Usaha

Persaingan dalam dunia usaha berarti upaya mendapatkan keuntungan dalam suatu mekanisme pasar, dimana hasil akhirnya akan dinikmati oleh konsumen misalnya dalam bentuk harga murah, variasi produk, pelayanan, ketersediaan, pilihan dan lainnya.²⁷ Menurut Algifari terdapat beberapa karakteristik dari pasar yang didalamnya terdapat persaingan sempurna yaitu sebagai berikut:²⁸

- a. Terdapat banyak perusahaan dan setiap perusahaan menghasilkan barang yang bersifat homogen.
- b. Perusahaan memiliki kebebasan masuk (*free entry*) atau keluar (*free exit*) pasar.
- c. Setiap produsen (perusahaan) dan konsumen (pembeli) memiliki informasi yang sempurna mengenai pasar.

2.3 Kedudukan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia

Menurut Sri Redjeki Hartono bahwa luasnya bidang kajian hukum ekonomi membuatnya mampu

mengakomodasikan dua aspek hukum sekaligus sebagai suatu kajian yang komprehensif.²⁹ Dua aspek hukum itu meliputi aspek hukum publik maupun aspek hukum perdata.

Secara yuridis konstitusional, kebijakan dan pengaturan hukum persaingan usaha didasarkan kepada ketentuan dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar Tahun 1945, yang mengamanatkan tidak pada tempatnya adanya monopoli yang merugikan masyarakat dan persaingan usaha yang tidak sehat.³⁰ Dalam kerangka sistem hukum nasional, hukum persaingan usaha sebagai bagian dari hukum ekonomi tidak hanya berdimensi hukum perdata saja tapi lebih luas lagi yaitu melingkupi hukum publik (hukum negara dan pidana).³¹

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Penerapan Pendekatan *Rule of Reason* pada putusan KPPU tentang Pengadaan Barang/Jasa oleh Pemerintah

Berkenaan dengan penegakan hukum persaingan usaha terdapat metode-metode analisis yang khas dalam pengertian bahwa metode-metode tersebut pada awalnya dikembangkan untuk memenuhi kebutuhan dalam penegakan hukum persaingan. Adapun metode yang dimaksud terkandung dalam doktrin-doktrin mengenai *Per Se Illegal* dan *Rule of Reason*.³²

Berdasarkan *rule of reason* proses penentuan apakah pelaku usaha melanggar hukum persaingan usaha atau sebaliknya, tidak semata-mata dilakukan secara *subsumptie* sederhana (memasukan atau mengenakan pasal-pasal terhadap suatu peristiwa), melainkan juga dengan menyetengahkan proses *reasoning* dan yang paling mendasar dalam proses demikian ini

²⁴ Ditha Wiradiputra, S.H., *Pengantar Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, DIKTI, Jakarta, 2004, hlm. 60-61

²⁵ Mustafa Kdiaamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha : (Teori Dan Praktiknya Di Indonesia)*, Rajawali Press, Jakarta, 2010, hlm 169

²⁶ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 485

²⁷ *Ibid*

²⁸ Alfigari, *Statistika Induktif untuk Ekonomi dan Bisnis*. AM YKPN, Yogyakarta, 2003, hlm 186-187

²⁹ Sri Redjeki Hartono, *Kapita Selektta Hukum Ekonomi*, Penerbit CV Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm 39.

³⁰ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm 62

³¹ *Ibid*

³² Putu Sudarma Sumadi, *Penegakan Hukum Persaingan Usaha (Hukum Acara Persaingan Usaha?)*, Zifatama Jawara, Denpasar, 2017, hlm 78

adalah identifikasi hubungan sebab dan akibat. Berkenaan dengan beberapa perilaku yang menurut aturan hukum persaingan usaha dikualifikasikan terutama sebagai suatu kejahatan (*as a felony*), maka keberadaan *Rule of Reason* kiranya dapat memberikan manfaat tersendiri. Berdasarkan doktrin ini pelaku usaha tidaklah dengan serta merta dapat dinyatakan bersalah selain setelah melalui proses penelusuran dan nalar yang pada dasarnya memenuhi kualifikasi ilmiah yuridis. Doktrin tersebut secara tidak langsung mendesak para pembuat putusan pada institusi yang kompeten dalam penegakan hukum persaingan menyusun argumen-argumen yang memadai sebelum memberi putusan.³³

Dalam Undang-Undang Anti Monopoli, persekongkolan dalam tender dinyatakan sebagai perilaku yang bersifat *Rule of Reason*, yaitu bahwa suatu tindakan memerlukan pembuktian dalam menentukan telah terjadinya pelanggaran terhadap persaingan usaha yang sehat.³⁴ Dalam pendekatan *rule of reason* ada 2 (dua) teori pembuktian yang biasa dipakai oleh KPPU dalam mengevaluasi tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha, yaitu:

- a. *Bright Line Evidence Theory*
- b. *Hard Line Evidence Theory*³⁵

Dalam persekongkolan tender, perlu diketahui apakah proses tender

tersebut dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.³⁶ Putusan KPPU harus menerapkan pendekatan *Rule of Reason* secara sempurna sehingga putusan yang dikeluarkan menjadi lebih tepat dan adil bagi seluruh pihak. Namun, ada 3 putusan KPPU yang menarik perhatian Penulis untuk meneliti lebih jauh terkait penerapan pendekatan *Rule of Reason* ini pada putusan tersebut, yaitu:

1. **Putusan No. 04/KPPU-L/2020** tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 22 Undang-Undang No 5 Tahun 1999 Terkait Tender Paket Pekerjaan Pembangunan Rumah Sakit Rujukan Regional Langsa Satker Dinas Kesehatan Aceh Pemerintah Daerah Provinsi Aceh Tahun Anggaran 2018. Analisis penulis terhadap penerapan pendekatan *Rule of Reason* pada putusan ini adalah:
 - a) Dalam putusan ini sudah diketahui proses tender tersebut dilakukan dengan cara tidak jujur, melawan hukum dan menghambat persaingan usaha. Hal ini berarti tindakan Majelis Komisi dalam membuktikan telah terjadinya persekongkolan telah sesuai dengan Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan. Dan juga pendekatan *Rule of Reason* yang mengetahui terhambatnya persaingan usaha.
 - b) Berdasarkan putusan ini, Terlapor II, IV, V dan VI belum mendapatkan konsekuensi atas tindakannya melakukan persaingan semu. Tindakan Terlapor II, IV, V dan VI yang melakukan persaingan semu termasuk dalam tindakan ilegal. Hal ini dikarenakan alasan tindakan tersebut dilakukan adalah untuk memenangkan tender secara tidak jujur, maka termasuk kategori

³³ Putu Sudarma Sumadi, *Penegakan Hukum Persaingan Usaha (Hukum Acara Persaingan Usaha?)*, Zifatama Jawara, Denpasar, 2017, hlm 86-87

³⁴ Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, *Pedoman Pasal 22 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, KPPU RI, Jakarta, 2009, hlm 25

³⁵ Rizky Ramadhan Baried, *Penafsiran Unsur Melawan Hukum dalam Penegakan Hukum Persaingan Usaha (Studi Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tentang Persekongkolan Tender)*, Program Studi Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, Tesis, 2015, hlm. 26

³⁶ Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, *Pedoman Pasal 22 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, KPPU RI, Jakarta, 2009, hlm 25

unreasonable/illegal.

Sedangkan pada poin 2 Putusan No. 04/KPPU-L/2020, Majelis Komisi menyatakan Terlapor II, III, IV, V dan VI tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Padahal di persidangan Terlapor II, IV, V dan VI terbukti melakukan persaingan semu. Maka seharusnya Majelis Komisi menyatakan Terlapor II, IV, V dan VI bersalah dalam putusannya dan memberikan hukuman yang sepatutnya.

- c) Dalam putusan ini Majelis Komisi tidak memperhitungkan dampak akibat pelanggaran tersebut. Seharusnya Majelis Komisi dalam memeriksa dan memutuskan perkara yang menggunakan teori *Rule of Reason* harus memperhitungkan dampak akibat pelanggaran tersebut.

2. **Putusan No. 05/KPPU-I/2020** tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Terkait Pengadaan Pekerjaan Pembangunan Gedung Kolam Renang Tahap II Kecamatan Kandangan Kabupaten Hulu Sungai Selatan Tahun Anggaran 2017. Adapun analisis Penulis terhadap penerapan *Rule of Reason* pada putusan ini adalah:

- a. Tindakan Terlapor I berdasarkan teori *Rule of Reason* adalah *reasonable/legal*. Karena tanpa melakukan persekongkolan/persaingan semu Terlapor I seharusnya bisa

melanjutkan ke tahap evaluasi dokumen meskipun peserta yang melakukan penawaran kurang dari 3 peserta. Namun, Terlapor IV mengulang tender tersebut dengan dalih minimal harus ada 3 peserta yang melakukan penawaran. Maka berdasarkan teori *Rule of Reason* tindakan Terlapor I, II dan III tidak menghambat persaingan usaha.

- b. Dalam menganalisis pendekatan *Rule of Reason* harus memperhatikan banyak faktor, salah satunya latarbelakang tindakan tersebut dilakukan. Faktor yang melatarbelakangi tindakan Terlapor I, II dan III adalah memenuhi persyaratan yang disampaikan Terlapor IV bahwa minimal harus ada 3 peserta tender yang melakukan penawaran baru proses lelang tender bisa dilanjutkan, jika kurang dari 3 maka tender dibatalkan. Maka berdasarkan hal tersebut Terlapor IV bersalah karena telah lalai dalam memahami terkait tata cara dan mekanisme pengadaan barang dan jasa berdasarkan aturan terkait serta telah menyebabkan Terlapor I, II dan III melakukan pelanggaran.
- c. Tindakan Terlapor IV yang telah lalai dalam memahami peraturan terkait pedoman pengadaan barang dan jasa merupakan tindakan yang *illegal*. Karena tindakan tersebut telah menciptakan kerugian dan menghambat proses tender berlangsung. Sehingga berdasarkan teori *Rule of Reason* tindakan Terlapor IV adalah *unreasonable/illegal*. Dan sepatutnya Terlapor IV mendapatkan pemberatan hukuman atas tindakannya tersebut.
- d. Selain itu, urgensi dari tender

tersebut dan waktu pelaksanaan *event* di lokasi pembangunan tender ini juga harus dianalisis oleh Majelis Komisi. Karena berdasarkan pendekatan *Rule of Reason*, kepentingan umum menjadi prioritas.

- e. Dalam putusan ini Majelis Komisi tidak memperhitungkan dampak akibat pelanggaran tersebut. Seharusnya Majelis Komisi dalam memeriksa dan memutuskan perkara yang menggunakan teori *Rule of Reason* harus memperhitungkan dampak akibat pelanggaran tersebut.

3. **Putusan No. 35/KPPU-I/2020** terkait Pengadaan Paket Pekerjaan Konstruksi Jalan (Program Percepatan) Paket 3 (Pelangan-Sp. Pengantap 3) dan Paket 4 (Pelangan-Sp. Pengantap 4) pada Satker Dinas Pekerjaan Umum dan Penataan Ruang Provinsi Nusa Tenggara Barat APBD Tahun Anggaran 2017-2018. Adapun analisis Penulis terhadap penerapan pendekatan *Rule of Reason* pada putusan ini adalah:

- a. Dalam putusan ini sudah diketahui proses tender tersebut dilakukan dengan cara tidak jujur dan melawan hukum. Tetapi, pada poin 8.6.2.3 Putusan No. 35/KPPU-I/2020 Majelis Komisi menilai itu adalah tindakan anti persaingan. Padahal pada Pedoman Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan

Persekongkolan dalam Tender, tidak mencantumkan klausula anti persaingan usaha yang sehat. Tetapi hanya dengan cara tidak jujur, melawan hukum dan menghambat persaingan usaha. Namun, klausul tersebut memang ditemukan dalam Undang-Undang Anti Monopoli. Hal ini berarti tindakan Majelis Komisi dalam membuktikan telah terjadinya persekongkolan telah sesuai dengan Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan. Dan juga pendekatan *Rule of Reason* yang mengetahui terhambatnya persaingan usaha.

- b. Pada putusan ini, Majelis Komisi sudah menerapkan pendekatan *Rule of Reason* secara sempurna. Hal ini dikarenakan adanya analisis terhadap dampak pelanggaran, manfaat dari pekerjaan Terlapor serta analisis detail terhadap dampak ekonomi akibat tindakan para pelaku.

Berdasarkan hal diatas dapat kita simpulkan bahwa dalam putusan KPPU, masih ada yang belum menerapkan pendekatan *Rule of Reason* secara sempurna. Majelis Komisi lebih fokus untuk mencari tahu apakah proses tender tersebut dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Padahal seharusnya dalam menerapkan pendekatan *Rule of Reason* ada banyak faktor dan hal yang harus diperhatikan. Menurut Arie Siswanto, dalam *Rule of Reason* pengadilan disyaratkan untuk mempertimbangkan faktor-faktor seperti latarbelakang, alasan bisnis dibalik tindakan itu, serta posisi si pelaku tindakan dalam industri tertentu.³⁷ Tidak konsistennya KPPU dalam menerapkan *Rule of Reason* secara sempurna

³⁷ Ida Bagus Kade Benol Permadi, A.A Ketut Sukranatha, Konsep *Rule of Reason* Untuk Mengetahui Praktek Monopoli, Kertha Semaya: Jurnal Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Udaayana, Vol. III, No. 3, 2015, hlm. 3

tentu sangat berpengaruh pada putusan yang dihasilkan.

B. Indikator yang Ideal Untuk Menerapkan *Rule of Reason* pada Putusan KPPU

Untuk mengetahui telah terjadi atau tidaknya suatu persekongkolan dalam tender, dalam Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dijelaskan berbagai indikasi persekongkolan yang sering dijumpai pada pelaksanaan tender. Perlu diperhatikan, bahwa hal-hal berikut ini merupakan indikasi persekongkolan, sedangkan bentuk atau perilaku persekongkolan maupun ada tidaknya persekongkolan tersebut harus dibuktikan melalui pemeriksaan oleh Tim Pemeriksa atau Majelis Komisi.³⁸ Indikasi-indikasi ini jugalah yang menjadi indikator ideal untuk menerapkan pendekatan *rule of reason* dalam menganalisis kasus persekongkolan tender yang ditangani oleh KPPU. Indikasi-indikasi persekongkolan tender tersebut adalah:

1. Indikasi persekongkolan pada saat perencanaan;
2. Indikasi persekongkolan pada saat pembentukan Panitia;
3. Indikasi persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan atau pra lelang;
4. Indikasi persekongkolan pada saat pembuatan persyaratan untuk mengikuti tender/lelang maupun pada saat penyusunan dokumen tender/lelang, antara lain meliputi adanya persyaratan tender/lelang yang mengarah kepada pelaku usaha tertentu terkait dengan sertifikasi barang, mutu, kapasitas dan waktu penyerahan yang harus dipenuhi;
5. Indikasi persekongkolan pada

saat pengumuman tender/lelang;

6. Indikasi persekongkolan pada saat pengambilan dokumen tender/lelang;
7. Indikasi persekongkolan pada saat penentuan Harga Perkiraan Sendiri atau harga dasar lelang;
8. Indikasi persekongkolan pada saat penjelasan tender atau *open house* lelang;
9. Indikasi persekongkolan pada saat penyerahan dan pembukaan dokumen atau kotak penawaran tender/lelang;
10. Indikasi persekongkolan pada saat evaluasi dan penetapan pemenang tender/lelang;
11. Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang;
12. Indikasi persekongkolan pada saat pengajuan sanggahan;
13. Indikasi persekongkolan pada saat penunjukan pemenang tender/lelang dan penandatanganan kontrak;
14. Indikasi persekongkolan pada saat pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan.³⁹

Berdasarkan Pasal 83 ayat 1 huruf e Perpres No. 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Presiden No. 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, bahwa Kelompok Kerja ULP menyatakan Pelelangan/Pemilihan Langsung gagal apabila dalam evaluasi penawaran ditemukan bukti/indikasi terjadi persaingan tidak sehat. Indikasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal tersebut dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 83 ayat 1 huruf e Perpres No. 70 Tahun 2012, bahwa Indikasi persekongkolan antar Penyedia Barang/Jasa harus dipenuhi sekurang-kurangnya 2 (dua) indikasi di bawah ini :

1. Terdapat kesamaan dokumen teknis, antara lain: metode kerja, bahan, alat, analisa pendekatan teknis, harga satuan, dan/atau spesifikasi barang yang ditawarkan (merk/tipe/jenis) dan/atau dukungan teknis;
2. Seluruh penawaran dari Penyedia

³⁸ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 488

³⁹ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 488-494.

- mendekati HPS;
3. Adanya keikutsertaan beberapa Penyedia Barang/Jasa yang berada dalam 1 (satu) kendali;
 4. Adanya kesamaan/kesalahan isi dokumen penawaran, antara lain kesamaan/kesalahan pengetikan, susunan, dan format penulisan;
 5. Jaminan penawaran dikeluarkan dari penjamin yang sama dengan nomor seri yang berurutan.

BAB V PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian penulis tentang Penerapan Pendekatan *Rule of Reason* terhadap persekongkolan tender berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Penerapan pendekatan Rule of Reason pada putusan KPPU tentang pengadaan barang/jasa oleh pemerintah yaitu pada Putusan No. 04/KPPU-L/2020 pendekatan Rule of Reason belum diterapkan secara sempurna, pada Putusan No. 05/KPPU-I/2020 pendekatan Rule of Reason belum diterapkan secara sempurna dan pada Putusan No. 35/KPPU-I/2020 pendekatan Rule of Reason sudah diterapkan secara sempurna.
2. Indikator yang ideal untuk menerapkan pendekatan Rule of Reason terdapat pada Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan dan Penjelasan Pasal 83 ayat 1 huruf e Perpres No. 70 Tahun 2012.

B. Saran

Dengan demikian penulis menyarankan untuk :

1. Perlu adanya evaluasi setiap keputusan yang diputuskan

untuk menggunakan pendekatan *rule of reason* dalam semua tahap proses pemeriksaan hingga putusan KPPU;

2. *De werkelijke levensvormen van de menselijke samenleving* bahwa hukum mewujudkan diri sebagai bentuk kehidupan nyata, bahwa semua teori-teori hukum seharusnya digunakan oleh aparat penegak hukum terkhusus KPPU sehingga terwujudnya *gebod en verbot* (hukum yang bersifat perintah dan hukum yang bersifat larangan), karena hukum tercipta untuk *orde en rust* yakni ketertiban dan ketentraman.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Adi Nugroho, Susanti, 2012, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia: Dalam Teori dan Praktik Serta Penerapan Hukumnya*, Kencana, Jakarta.
- Alfigari, 2003, *Statistika Induktif untuk Ekonomi dan Bisnis*. AM YKPN, Yogyakarta.
- Efendi, Jonaedi, Johnny Ibrahim, 2018, *Metode Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Prenadamedia Group, Depok.
- Hansen, Knud, 2002, *Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Katalis Publishing-Media Service, Jakarta.
- Kaamal Rokan, Mustafa, 2010, *Hukum Persaingan Usaha : (Teori Dan Praktiknya Di Indonesia)*, Rajawali Press, Jakarta.
- Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, 2009, *Pedoman Pasal 22 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, KPPU RI, Jakarta.
- Made Pasek Diantha, I, 2017, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum*, Prenadamedia Group, Jakarta.
- Mahmud Marzuki, Peter, 2013, *Penelitian Hukum*, Edisi Revisi, Kencana, Jakarta.
- Mertokusumo, Sudikno, 2014, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta.
- Natsir Asnawi, M., 2020, *Hermeneutika Putusan Hakim: Pendekatan Multidisipliner*

- dalam *Memahami Putusan Peradilan Perdata*, UII Press, Yogyakarta.
- Purwati, Ani, 2020, *Metode Penelitian Hukum Teori Dan Praktek*, Jakad Media Publishing, Surabaya.
- Redjeki Hartono, Sri, 2000, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi*, Penerbit CV Mandar Maju, Bandung.
- Soekanto, Soerjono, Sri Mamudji, 2006, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, PT.Raja GrafindoPersada, Jakarta.
- Sudarma Sumadi, Putu, 2017, *Penegakan Hukum Persaingan Usaha (Hukum Acara Persaingan Usaha?)*, Zifatama Jawa, Denpasar.
- Usman, Rachmadi, 2013, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013.
- Wiradiputra, Ditha, 2004, *Pengantar Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, DIKTI, Jakarta.
- B. Jurnal/Kamus/Skripsi**
- Akmal Mutiara, 2020, Persekongkolan dalam tender preservasi rekontruksi jalan dan pemeliharaan rutin (studi kasus KPPU Nomor 05/KPPU-L/2018), Skripsi, Program Studi Ilmu Hukum UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta.
- Ginanjjar Bowo Saputra, Penegakan Hukum Persekongkolan Tender Menurut Undangundang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, *Privat Law*, Vol VI No 2, 2018, hlm 215
- Henny Damaryanti, 2017, “Penerapan Pendekatan Per se Illegal dalam Pemeriksaan Kasus Penetapan Harga Berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Studi Kasus Putusan KPPU RI No. 14/KPPU-I/2014)”, *e- Jurnal Hukum Media Bhakti*.
- Ida Bagus Kade Benol Permadi, A.A Ketut Sukranatha, 2015, “Konsep *Rule of Reason* Untuk Mengetahui Praktek Monopoli”, *Kertha Semaya: Jurnal Ilmu Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Udaayana, Vol. III, No. 3.
- Iqbal Albana, 2010, Penerapan Pendekatan Rule of Reason terhadap Bentuk Persekongkolan Tender dalam Perkara Pendjualan 2 (dua) Unit Kapal Tanker VLCC PT. Pertamina, Progam Studi Ilmu Hukum Universitas Indonesia, Tesis.
- Lewinda Oletta Sidabutar, 2020, “Pendekatan “Per Se Illegal” dan “Rule of Reason” dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat”, *Jurnal Recht Vinding*.
- Nurmin K Martam, 2018, “Tinjauan Yuridis tentang Rechtvinding (Pemenuhan Hukum) dalam Hukum Perdata Indonesia”, *Gorontalo Law Review*, Vol. I, No. 1, 2018.
- Nursapia harahap, 2014, Penelitian Kepustakaan, *Jurnal Iqra’*, IAIN –SU Medan, Vol. 08, No.1 Tahun 2014.
- Rizky Ramadhan Baried, 2015, Penafsiran Unsur Melawan Hukum dalam Penegakan Hukum Persaingan Usaha (Studi Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tentang Persekongkolan Tender), Program Studi Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, Tesis.
- C. Peraturan Perundang-Undangan**
- Peraturan Presiden No. 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah
- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat
- D. Website**
- Mochamad Yusuf Adidana, <https://www.hukumonline.com/berita/a/p-ersekongkolan-tender-sebagai-suatu-tindakan-yang-anti-persaingan-sehat-hol18357>, di akses pada tanggal 14 februari 2022 Pukul 14.00 WIB

Urbanus Ura Weruin, Dwi Andayani B,
St. Atalim, 2016, “Hermeneutika
Hukum: Prinsip dan Kaidah
Interpretasi Hukum Legal
Hermeneutics: *Principles and
Rules of Legal Interpretation*”,
Jurnal Konstitusi, Vol. XII, No. 1.