

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian dan Dasar Hukum Persaingan Usaha

Persaingan dalam dunia bisnis merupakan salah satu bentuk perbuatan yang dapat mendatangkan keuntungan atau menimbulkan kerugian. Apabila persaingan dilakukan secara jujur, tidak akan merugikan pihak manapun. Persaingan merupakan pendorong untuk memajukan perusahaan dengan menciptakan produk bermutu melalui penemuan-penemuan baru dan teknik menjalankan perusahaan serba canggih. Persaingan inilah yang disebut dengan persaingan sehat yang dihargai oleh hukum (Abdulkadir Muhammad, 2002: 285).

1. Persaingan Usaha Sehat

Menurut Arie Siswanto (2002: 17), persaingan usaha sehat adalah:

- a. Persaingan yang pelaku usahanya tidak terpusat pada tangan tertentu dan tersentralisasi pada beberapa pihak saja, akan tetapi berjalan sesuai mekanisme pasar yang sehat yaitu dalam dunia ekonomi semua pelaku usaha mempunyai hak dan kewajiban yang sama.

- b. Persaingan yang sehat adalah bilamana ada perikatan berbentuk perjanjian tidak merugikan secara sepihak kepada pihak lain yang tidak terlibat dalam perjanjian tersebut.
- c. Persaingan yang sehat yaitu dalam kegiatannya tidak ada penguasaan terhadap produksi barang dan jasa baik dari sampai dengan pemasarannya.

Persaingan usaha yang sehat adalah persaingan di dalam dunia ekonomi secara wajar, jujur, dan sesuai dengan Undang-Undang dan perikatan atau perjanjian ekonomi serta kegiatan ekonomi yang tidak merugikan pihak lain dengan cara penguasaan dan pemusatan kekuatan ekonomi pada pelaku usaha tertentu (Arie Siswanto, 2002: 15).

Menurut Abdulkadir Muhammad (1999: 310) unsur-unsur persaingan usaha dapat diuraikan sebagai berikut;

- a. Beberapa orang pengusaha (pelaku usaha)
- b. Dalam bidang usaha yang sama (sejenis)
- c. Bersama-sama menjalankan perusahaan (kegiatan usaha)
- d. Dalam daerah pemasaran yang sama
- e. Masing-masing berusaha keras melebihi yang lain
- f. Untuk memperoleh keuntungan yang sebesar-besarnya

Persaingan usaha dilihat dari segi ekonomi dapat menimbulkan manfaat (Abdulkadir Muhammad, 1999: 256) antara lain;

- a. Menghasilkan produk bermutu melalui penemuan-penemuan baru dan manajemen usaha yang serba canggih.

- b. Memperlancar arus distribusi karena pelayanan yang baik dan cepat.
- c. Menguntungkan perusahaan karena kepercayaan masyarakat pada produk yang menghasilkan atau bermutu.

Berdasarkan uraian diatas, apabila menginginkan suatu persaingan yang baik antar sesama pelaku usaha dan mendatangkan keuntungan, maka persaingan tersebut harus dilakukan secara sehat.

2. Persaingan Usaha Tidak Sehat

Berdasarkan Pasal 1 angka 6 UU No. 5 Tahun 1999, persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

Berdasarkan Pasal 1 angka 2 UU No. 5 Tahun 1999, persaingan usaha tidak sehat dilarang atau tidak diperbolehkan karena perbuatan atau kegiatan tersebut dapat memunculkan pemusatan kekuatan ekonomi yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu serta dapat merugikan kepentingan umum dan dapat menimbulkan adanya praktek monopoli.

Persaingan tidak sehat adalah persaingan yang dilakukan secara tidak wajar, melanggar hukum, dan merugikan pesaingnya. (Abdulkadir Muhammad, 2002: 285).

3. Dasar Hukum Persaingan Usaha

Dasar hukum persaingan usaha adalah UU No. 5 Tahun 1999, pengaturan mengenai hukum persaingan usaha diatur dalam beberapa peraturan perundang-undangan yang berlaku sebelumnya, diantaranya diatur dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1984 tentang Perindustrian, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, dan Undang-Undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas. (Munir Fuady, 2003: 42).

Dalam buku pedoman pelaksanaan KPPU-RI (2006:7-87) bahwa dasar hukum dalam pengaturan hukum persaingan usaha pada saat ini adalah sebagai berikut:

- a. UU No. 5 Tahun 1999, merupakan Undang-Undang pertama di Indonesia yang benar-benar mengatur secara rinci mengenai larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;
- b. Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha, keppres tersebut merupakan pengaturan mengenai pembentukan, tujuan, tugas, fungsi dan tata kerja KPPU;
- c. Keputusan KPPU Nomor 05/KPPU/Kep/IX/2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999. Keputusan KPPU tersebut merupakan peraturan mengenai penyampaian laporan, pemeriksaan pendahuluan, pemeriksaan lanjutan, dan putusan KPPU, akan tetapi pada bulan April ditetapkan peraturan KPPU Nomor 01/KPPU/Per/IV/2006

tentang Penanganan Perkara di KPPU yang menggantikan Keputusan KPPU Nomor 05/KPPU/Kep/2000;

- d. Peraturan Mahkamah Agung (Perma) Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU. Perma tersebut merupakan pengaturan mengenai tata cara pemeriksaan keberatan, dan pelaksanaan putusan.

B. Konsep dan Lingkup Persaingan Usaha Tidak Sehat

1. Konsep persaingan usaha tidak sehat

Menurut Munir Fuady (2005: 213), persaingan curang adalah suatu persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang atau jasa yang dilakukan dengan cara-cara yang tidak jujur atau dengan cara melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

Larangan terjadinya praktek monopoli diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 tentang larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, yang bertujuan untuk mencegah terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha.

2. Lingkup persaingan usaha tidak sehat

Berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999, terdapat 3 (tiga) bentuk kegiatan atau perbuatan yang termasuk atau memunculkan persaingan usaha tidak sehat. Bentuk kegiatan atau

perbuatan tersebut adalah: perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang dan penyalahgunaan posisi dominan.

a. Perjanjian yang Dilarang

Menurut Rachmadi Usman (2004: 17), perjanjian yang dilarang adalah suatu persetujuan yang tertulis atau lisan untuk mengikatkan dirinya yang dilakukan satu atau lebih pelaku usaha dengan satu atau lebih pelaku usaha lainnya dan menaati apa yang disepakati dalam persetujuan itu dimana isi perjanjian tersebut melanggar Undang-Undang yang telah ditetapkan oleh pemerintah.

Berdasarkan Pasal 1 angka 7 UU No. 5 Tahun 1999, perjanjian adalah suatu perbuatan dari satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha dengan nama apapun, baik tertulis ataupun tidak tertulis.

Bentuk-bentuk perjanjian yang dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999 adalah:

- a. Perjanjian oligopoli;
- b. Perjanjian penetapan harga;
- c. Perjanjian pembagian wilayah;
- d. Pemboikotan;
- e. Kartel;
- f. Trust;
- g. Oligopsoni;
- h. Integrasi vertikal;
- i. Perjanjian tertutup;

j. Perjanjian dengan pihak luar negeri;

b. Kegiatan yang Dilarang

Menurut Ahmad Yani dan Gunawan Widjaja (1991: 31), kegiatan yang dilarang adalah tindakan atau kegiatan hukum sepihak yang dilakukan oleh satu pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha tanpa adanya keterkaitan hubungan hukum secara langsung dengan pelaku usaha atau kelompok usaha lainnya.

Bentuk kegiatan yang dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999 adalah:

- a. Monopoli;
- b. Monopsoni;
- c. Penguasaan pasar;
- d. Persekongkolan;

c. Penyalahgunaan Posisi Dominan

Berdasarkan Pasal 1 angka 4 UU No. 5 Tahun 1999, posisi dominan adalah keadaan di mana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.

Posisi dominan yang dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999 yaitu;

- a. Posisi dominan secara umum;

- b. Jabatan Rangkap;
- c. Pemilikan saham mayoritas;
- d. Penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan.

C. Persekongkolan dalam Tender

1. Persekongkolan, Tender dan Persekongkolan Tender

Berdasarkan Pasal 1 angka 8 UU No. 5 Tahun 1999 persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.

Berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999, yang dimaksud dengan persekongkolan dalam menentukan pemenang tender yaitu apabila pelaku usaha bersekongkol dengan pihak lain, baik pihak penyelenggara tender yang dilakukan oleh pemerintah dan atau swasta dan atau pelaku usaha yang turut terlibat dalam tender itu yang bertindak seolah-olah sebagai pesaing, padahal ia hanya sebagai pelengkap atau pelaku usaha semu yang telah bersepakat untuk menentukan pelaku usaha yang mana akan memenangkan tender tersebut.

Berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999 Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau menyediakan jasa. Persekongkolan dalam tender dapat dilakukan secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian, penawaran sebelum dimasukkan atau

menciptakan persaingan semu atau menyetujui dan memfasilitasi (Pedoman Larangan Persekongkolan dalam Tender, 2005: 7)

2. Bentuk Persekongkolan dalam Tender

Persekongkolan dalam tender dapat dibedakan menjadi tiga bentuk, yaitu persekongkolan horizontal, persekongkolan vertikal, dan gabungan persekongkolan vertikal dan horizontal (Pedoman Pasal 22). Berikut adalah penjelasan atas ketiga bentuk persekongkolan tersebut:

a. Persekongkolan Horizontal

Persekongkolan horizontal adalah persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan atau jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan atau jasa pesaingnya. Persekongkolan ini dapat dikategorikan sebagai persekongkolan dengan menciptakan persaingan semu di antara peserta tender (Pedoman Pasal 22).

b. Persekongkolan Vertikal

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

pekerjaan bekerja sama dengan salah satu atau beberapa peserta tender (Pedoman Pasal 22).

c. Gabungan dari persekongkolan Horizontal dan Vertikal

Gabungan dari persekongkolan horizontal dan vertikal adalah 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 tender ini adalah tender fiktif, dimana baik panitia tender, pemberi pekerjaan, maupun sesama para pelaku usaha melakukan suatu proses tender hanya secara administratif dan tertutup (Pedoman Pasal 22).

3. Unsur-unsur Persekongkolan dalam Tender

UU No. 5 Tahun 1999 mengatur secara rinci kegiatan Persekongkolan Tender pada Pasal 22 dalam Pedoman Pasal 22. Berdasarkan Pedoman Pasal 22, praktek persaingan usaha tidak sehat pada persekongkolan dalam tender dapat terjadi apabila memenuhi unsur-unsur yaitu:

a. Unsur pelaku usaha

Berdasarkan Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999, pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah

hukum Negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

b. Unsur bersekongkol

Bersekongkol adalah kerjasama dan dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.

Unsur-unsur bersekongkol antara lain dapat berupa:

1. Kerjasama antar 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 terjadinya persekongkolan.

c. Unsur pihak lain

Pihak lain adalah para pihak (vertikal maupun horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender .

d. Unsur mengatur dan menentukan pemenang tender

Mengatur dan menentukan pemenang tender adalah suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender dengan cara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan memenangkan peserta

tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan atau penentuan pemenang tersebut antara lain dilakukan dalam hal penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, dan proses tender.

e. Unsur persaingan usaha tidak sehat

Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara yang tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

Berdasarkan uraian tersebut, maka praktek persaingan usaha pada persekongkolan antara pelaku usaha dapat terjadi apabila memenuhi unsur-unsur adanya pelaku usaha, bersekongkol antara pihak-pihak, dan adanya pihak lain. Penelitian ini akan mengkaji ketentuan normatif persekongkolan tender sebagaimana diatur dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.

D. Pihak-Pihak dalam Hukum Persaingan Usaha

1. Komisi Pengawas Persaingan Usaha

Komisi pengawas persaingan Usaha adalah suatu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah serta pihak lainnya dan KPPU bertanggungjawab langsung kepada Presiden selaku kepala Negara (Pasal 1 angka 18 UU No. 5 Tahun 1999).

KPPU terdiri dari seorang ketua merangkap anggota, seorang wakil anggota sekurang-kurangnya 7 orang anggota lainnya. Ketua dan wakil ketua komisi dipilih dari dan anggota komisi. Anggota komisi diangkat dan diberhentikan oleh presiden atas persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat, dengan masa jabatan paling lama 2 periode dengan masing-masing 5 tahun periode (Gunawan widjaja dan Ahmad Yani, 2002: 53).

a. Tugas Komisi Pengawas Persaingan Usaha

Berdasarkan Pasal 35 UU No. 5 Tahun 1999, tugas KPPU dalam menciptakan persaingan usaha sehat dan memberantas praktik monopoli serta persaingan usaha tidak sehat yaitu:

1. Melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
2. Melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
3. Melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
4. Mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi Persaingan Usaha;

5. Memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan pemerintah yang berkaitan dengan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;
6. Menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan UU No. 5 Tahun 1999;
7. Memberikan laporan secara berkala atas hasil kerjanya kepada Presiden dan DPR.

b. Wewenang Komisi Pengawas Persaingan Usaha

Berdasarkan Pasal 36 UU No. 5 Tahun 1999 yaitu:

1. Menerima laporan dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
2. Melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
3. Melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha atau yang ditemukan oleh Komisi sebagai penelitianya;
4. Menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan tentang ada atau tidak adanya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
5. Memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan Undang-Undang ini;
6. Memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran terhadap ketentuan Undang-Undang ini;

7. Meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli, atau setiap orang sebagaimana dimaksud dalam huruf e dan huruf f, yang tidak bersedia memenuhi panggilan Komisi;
8. Meminta keterangan dari instansi pemerintah dalam kaitannya dengan penyidikan dan atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar Undang-Undang ini;
9. Mendapatkan, meneliti, dan atau menilai surat, dokumen atau bukti lain guna penyelidikan dan atau pemeriksaan;
10. Memutuskan dan menetapkan ada atau tidaknya kerugian dipihak pelaku usaha lain atau masyarakat;
11. Memberitahukan putusan Komisi kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
12. Menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-Undang ini.

2. Pelaku Usaha

Berdasarkan Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan, pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-

sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

3. Pelapor

Berdasarkan Pasal 1 angka 10 Peraturan Komisi No. 1 Tahun 2006, pelapor adalah setiap orang yang menyampaikan laporan kepada komisi mengenai telah terjadi atau patut diduga telah terjadi pelanggaran.

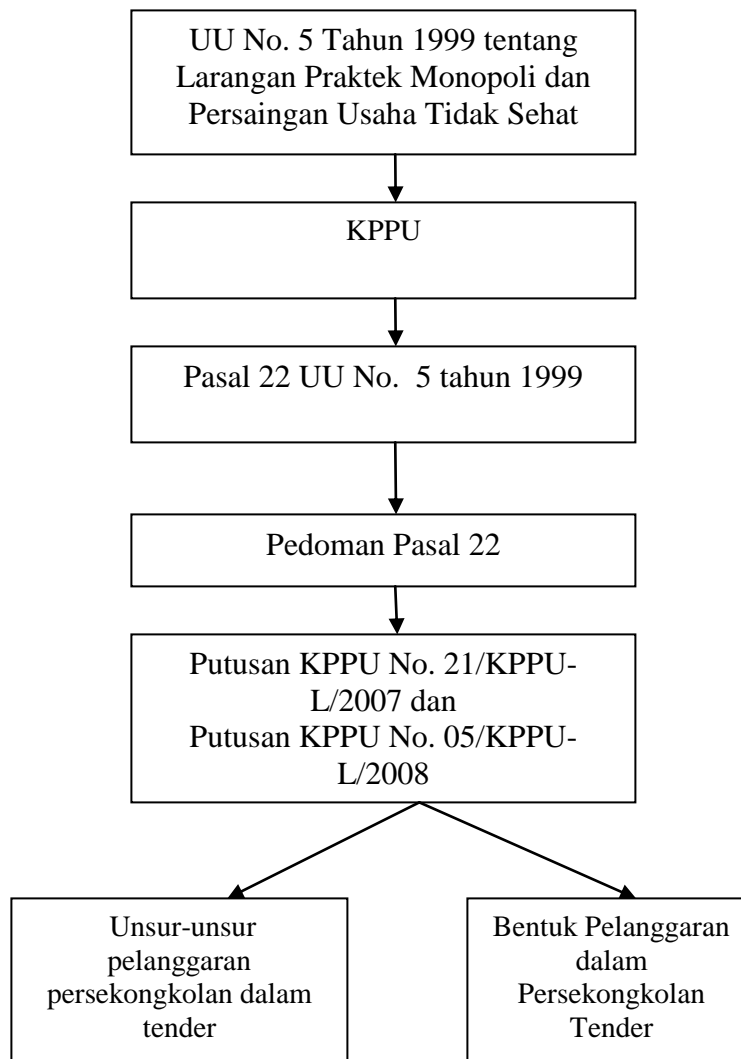
4. Terlapor

Berdasarkan Pasal 1 angka 5 Peraturan Komisi No. 1 Tahun 2006, terlapor adalah pelaku usaha atau pihak lain yang diduga melakukan pelanggaran. Penyebutan terlapor terhadap pelaku usaha membawa konsekuensi tertentu dan tidak hanya didasarkan kepada alasan pemeriksaannya yaitu karena adanya laporan atau inisiatif dari komisi sendiri.

5. Pihak Lain

UU No. 5 Tahun 1999 dan Peraturan Komisi No. 1 Tahun 2006 tidak terdapat penjelasan apa yang dimaksud dengan pihak lain. Namun secara implisit UU No. 5 Tahun 1999 mengartikan pihak lain sebagai saksi dan sebagai pelaku usaha lain. Definisi pihak lain tidak jelas, karena tidak menjelaskan kapan pelaku usaha tertentu disebut sebagai pihak lain dan kapan saksi ditetapkan sebagai pihak lain.

D. Kerangka Pikir



Keterangan:

Berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999 dan untuk menjamin pelaksanaan UU No. 5 Tahun 1999, maka dibentuk suatu komisi independen yang bertugas untuk mengawasi kegiatan usaha dan menyelesaikan perkara pelanggaran hukum persaingan usaha yaitu Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Saat ini sudah banyak perkara-perkara pelanggaran hukum yang ditangani KPPU . Perkara tersebut merupakan bentuk pelanggaran hukum persaingan usaha yang dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999 adapun lingkupnya mencakup; perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, dan penyalahgunaan posisi dominan. Salah satu bentuk kegiatan yang dilarang dan diatur dalam Pasal 22 adalah tentang persekongkolan tender.

Dalam penyelesaian perkara yang mengenai persekongkolan tender KPPU berpedoman pada Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Tender. Dalam praktik kasus persekongkolan tender paling banyak terjadi yaitu sekitar 46% dari sekian banyak kasus yang ditangani oleh KPPU. Dari sekian banyak kasus yang telah ditangani oleh KPPU beberapa diantaranya adalah kasus persekongkolan pengadaan Pipa PVC dan HDPE pengembangan kinerja pengelolaan air minum Provinsi Kepulauan Riau tahun anggaran 2007 yang diputus oleh KPPU dalam Putusan KPPU No. 21/KPPU-L/2007, dan kasus persekongkolan Perluasan Gedung Kantor Pelayanan Pajak Proyek Pengadaan Barang dan Jasa Kantor Pelayanan Pajak Madya Batam yang diputus oleh KPPU dalam Putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2008.

Putusan No. 21/KPPU-L/2007 dan Putusan No. 05/KPPU-L/2008 ini juga memuat bentuk pelanggaran dan pemenuhan unsur-unsur pelanggaran oleh pihak terlapor dan pihak-pihak lain yang terlibat dalam persekongkolan tender.