



Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia

**PERATURAN KETUA KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA
REPUBLIK INDONESIA
NOMOR 3 TAHUN 2023
TENTANG
PEDOMAN LARANGAN PERSEKONGKOLAN DALAM TENDER**

DENGAN RAHMAT TUHAN YANG MAHA ESA

KETUA KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA REPUBLIK INDONESIA,

Menimbang : a. bahwa untuk menyesuaikan regulasi terkait pengadaan barang dan jasa, mengakomodir praktik persekongkolan tender yang semakin berkembang, dan dalam rangka melaksanakan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XIV/2016 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang memaknai pihak lain menjadi pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain, diperlukan pedoman larangan persekongkolan dalam tender;

b. bahwa berdasarkan pertimbangan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, perlu menetapkan Peraturan Ketua Komisi Pengawas Persaingan Usaha tentang Pedoman Larangan Persekongkolan dalam Tender;

Mengingat : 1. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3817);

2. Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 80 Tahun 2008 tentang Perubahan atas Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha;

MEMUTUSKAN:

Menetapkan : **PERATURAN KETUA KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA TENTANG PEDOMAN LARANGAN PERSEKONGKOLAN DALAM TENDER.**

BAB I KETENTUAN UMUM

Pasal 1

Dalam Peraturan Ketua Komisi ini yang dimaksud dengan:

1. Undang-Undang adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
2. Pedoman Larangan Persekongkolan dalam Tender yang selanjutnya disebut Pedoman adalah pedoman pelaksanaan terkait larangan persekongkolan dalam tender sebagaimana diatur dalam Undang-Undang.
3. Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang selanjutnya disebut Komisi adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi Pelaku Usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.
4. 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.
5. Pihak lain adalah pihak yang terkait dengan Pelaku Usaha.
6. Persekongkolan adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh Pelaku Usaha dengan Pelaku Usaha lain dan/atau pihak yang terkait dengan Pelaku Usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.
7. Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa.
8. Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah persaingan antar Pelaku Usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

Pasal 2

Pedoman merupakan penjabaran landasan konseptual, regulasi, bentuk Persekongkolan Tender, pembuktian, contoh kasus, dan sanksi Persekongkolan Tender.

Pasal 3

Ruang lingkup keberlakuan Peraturan Ketua Komisi ini meliputi:

- a. Tender yang dilaksanakan di lingkungan Pemerintah yang dibiayai Anggaran Pendapatan Belanja Negara/Anggaran Pendapatan Belanja Daerah;
- b. Tender yang dilaksanakan di lingkungan Badan Usaha Milik Negara atau penugasan Pemerintah; dan
- c. Tender yang dilaksanakan di lingkungan swasta.

BAB II PERSEKONGKOLAN TENDER

Pasal 4

Komisi menilai Persekongkolan Tender berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 5

Bentuk Persekongkolan Tender meliputi:

- a. Persekongkolan horizontal;
- b. Persekongkolan vertikal;
- c. Persekongkolan horizontal dan vertikal; dan
- d. Persekongkolan dalam bentuk lain.

Pasal 6

Pedoman Larangan Persekongkolan dalam Tender sebagaimana tercantum dalam lampiran yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari Peraturan Ketua Komisi ini.

BAB III KETENTUAN PENUTUP

Pasal 7

Peraturan Ketua Komisi ini mulai berlaku pada tanggal ditetapkan.

Ditetapkan di Jakarta
pada tanggal 15 Februari 2023

KETUA KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN
USAHA REPUBLIK INDONESIA,

ttd.

MUHAMMAD AFIF HASBULLAH

Salinan sesuai dengan aslinya
KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA
REPUBLIK INDONESIA
Kepala Biro Hukum,

LAMPIRAN
PERATURAN KETUA KOMISI
PENGAWAS PERSAINGAN USAHA
REPUBLIK INDONESIA
NOMOR 3 TAHUN 2023
TENTANG PEDOMAN LARANGAN
PERSEKONGKOLAN DALAM TENDER

BAB I

LATAR BELAKANG, TUJUAN DAN CAKUPAN

1. LATAR BELAKANG

Negara Indonesia mempunyai cita-cita nasional untuk mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur sesuai Pancasila serta Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Cita-cita nasional menjadi tujuan nasional yang diwujudkan melalui pembangunan nasional. Salah satu cara yang ditempuh untuk melaksanakan pembangunan nasional adalah melalui pembangunan ekonomi yang dilaksanakan secara demokratis dan transparan. Masyarakat mempunyai peluang dan kontribusi sesuai kemampuan (*capability*), potensi (*capacity*), dan kebutuhannya (*needs*) dalam mewujudkan cita-cita pembangunan.

Pembangunan ekonomi merupakan kebutuhan prioritas untuk mengatasi masalah pengangguran, kemiskinan, dan ketimpangan. Untuk menjamin keberlanjutan pembangunan ekonomi diperlukan peran pemerintah, di antaranya melalui pembelanjaan negara khususnya untuk sektor-sektor prioritas seperti pengadaan barang dan/atau jasa. Pengadaan barang dan/atau jasa pemerintah menciptakan peluang usaha. Peluang usaha ini harus diawasi dan ditata agar tumbuh berkembang secara sehat dan benar. Diharapkan iklim persaingan usaha yang sehat tercipta serta terhindarnya pemusatan kekuatan ekonomi pada perorangan atau kelompok tertentu. Salah satu permasalahan pengadaan barang dan/atau jasa di Indonesia adalah inefisiensi yang mengakibatkan biaya ekonomi tinggi sehingga dapat menghambat pembangunan nasional. Berbagai penyebab inefisiensi telah diidentifikasi sejak lama yaitu adanya hubungan yang terkait antara pengambil keputusan dengan para Pelaku Usaha, baik secara langsung maupun tidak langsung. Para Pelaku Usaha mendapat fasilitas yang tidak didukung oleh semangat kewirausahaan sejati menjadi salah satu faktor yang mengakibatkan ketahanan ekonomi menjadi rapuh dan tidak mampu bersaing.

Selain peran pemerintah dalam pengadaan barang dan/atau jasa, Badan Usaha Milik Negara atau penugasan Pemerintah, swasta dan/atau lembaga lain juga melaksanakan Tender untuk mendapatkan barang dan/atau jasa yang berkualitas. Tender yang dilaksanakan dipastikan melalui persyaratan dan persaingan yang sehat di antara peserta Tender berdasarkan ketentuan dan prosedur sesuai peraturan perundang-undangan dan/atau peraturan internal

yang berlaku di Badan Usaha Milik Negara atau penugasan Pemerintah, swasta dan/atau lembaga lain tersebut.

Komisi menilai Persekongkolan Tender sebagai persoalan yang masih mendominasi dalam pelanggaran Undang-Undang. Oleh karena itu, Komisi melakukan berbagai upaya untuk melakukan pencegahan termasuk penegakan hukum. Sejak Komisi berdiri hingga saat ini, permasalahan Persekongkolan Tender dalam pengadaan barang/jasa masih menjadi perhatian utama. Lebih dari 80% penanganan perkara Komisi setiap tahunnya merupakan dugaan Persekongkolan Tender.

Sebagai wujud peran aktif Komisi dalam mendukung pembangunan ekonomi yang konstruktif dan restoratif, berbagai upaya pencegahan telah ditempuh untuk mempersempit ruang Persekongkolan dengan beragam modus. Pedoman ini adalah pedoman pertama diterbitkan Komisi pada tahun 2005.

2. TUJUAN PEDOMAN

Pedoman ini diperlukan untuk memberikan gambaran yang lebih jelas mengenai pasal-pasal dan hal-hal lainnya yang belum diperinci dalam Undang-Undang. Dengan adanya Pedoman, diharapkan Pelaku Usaha dan pemangku kepentingan lainnya dapat meningkatkan pemahaman dan kesadaran dalam pelaksanaan Tender sehingga tidak melanggar persaingan usaha sebagaimana diatur oleh Undang-Undang.

Pedoman ini bertujuan untuk:

- a. menjelaskan pengertian tentang larangan Persekongkolan dalam Tender sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang;
- b. memberikan pemahaman pelaksanaan pasal terkait Tender dalam Undang-Undang sehingga tidak ada penafsiran lain selain yang diuraikan dalam Pedoman ini; dan
- c. memberikan landasan dalam berperilaku untuk menciptakan persaingan usaha sehat.

3. CAKUPAN PEDOMAN

Pedoman menguraikan prinsip umum yang perlu diperhatikan dalam Tender, contoh perkara Persekongkolan Tender dan penjabaran unsur pasal terkait Persekongkolan Tender. Sistematika Pedoman sebagai berikut:

Bab I Latar Belakang

Bab ini menjelaskan tentang latar belakang, tujuan pembuatan dan hal-hal yang tercakup dalam Pedoman.

Bab II Landasan Konseptual dan Regulasi Larangan Persekongkolan Tender

Bab ini menjelaskan tentang konsep, pengertian dan ruang lingkup Tender berdasarkan Undang-Undang, Putusan Mahkamah Konstitusi dan *best practices Internasional*, serta penjabaran unsur-unsur yang terkandung dalam Pasal terkait Tender dalam Undang-Undang.

Bab III Persekongkolan Tender

Bab ini menjelaskan bentuk Persekongkolan, kerugian akibat Persekongkolan sampai dengan hal yang perlu diperhatikan dalam menganalisis ada tidaknya Persekongkolan dalam Tender.

Bab IV Pembuktian Persekongkolan Tender

Dalam bab ini menjelaskan tentang pembuktian dan alat bukti yang berhubungan dengan Persekongkolan dalam Tender.

Bab V Sanksi Persekongkolan Tender

Bab ini menjelaskan sanksi yang dapat dijatuhkan Komisi terhadap Persekongkolan dalam Tender.

Bab VI Penutup

BAB II

LANDASAN KONSEPTUAL DAN REGULASI LARANGAN PERSEKONGKOLAN TENDER

Undang-Undang melarang konspirasi atau kolusi dan tindakan lain yang bertujuan untuk menghilangkan persaingan, misalkan kegiatan Persekongkolan mengatur atau menentukan pemenang Tender sebagaimana diatur dalam Undang-Undang.

Pengaturan pemenang Tender banyak ditemukan pada pelaksanaan pengadaan barang dan/atau jasa yang dilaksanakan pemerintah pusat atau pemerintah daerah (*government procurement*), Badan Usaha Milik Negara, dan perusahaan swasta. Undang-Undang tidak hanya mencakup kegiatan pengadaan yang dilakukan oleh Pemerintah, tetapi juga kegiatan pengadaan yang dilakukan oleh perusahaan negara (BUMN/BUMD) dan perusahaan swasta.

Dalam peraturan perundang-undangan, Tender dimaknai menjadi 2 (dua), yaitu:

1. Tender sebagai Definisi

Berdasarkan Penjelasan Pasal 22 Undang-Undang, Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Hal ini diperkuat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XIV/2016 (selanjutnya disebut Putusan MK No. 85/PUU-XIV/2016).

Pengertian Tender tersebut mencakup tawaran mengajukan harga untuk:

- a. memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan;
- b. mengadakan barang dan/atau jasa;
- c. membeli suatu barang dan/atau jasa; atau
- d. menjual suatu barang dan/atau jasa.

2. Tender sebagai Metode

Berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Tender diartikan sebagai metode, sebagai berikut:

Pasal 1 angka 36

Tender adalah metode pemilihan untuk mendapatkan penyedia barang/pekerjaan konstruksi/jasa lainnya.

Pasal 1 angka 38

Tender/Seleksi Internasional adalah pemilihan Penyedia dengan peserta pemilihan dapat berasal dari Pelaku Usaha nasional dan Pelaku Usaha asing.

Sebagaimana diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, metode pemilihan pengadaan dapat dilakukan melalui:

- a. tender;
- b. seleksi; dan
- c. tender/seleksi Internasional.

Metode Tender yang dilaksanakan oleh Badan Usaha Milik Negara atau penugasan Pemerintah mengacu peraturan perundang-undangan dan peraturan internal. Sedangkan metode Tender untuk swasta dan/atau lembaga lain seperti *non government organization/* NGO mengacu pada peraturan internal masing-masing yang berlaku.

Setelah Putusan MK No. 85/PUU-XIV/2016, Pasal 22 Undang-Undang 5 Tahun 1999 berbunyi “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pelaku usaha lain dan/atau pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”. Dalam proses penanganan perkara di Komisi telah melakukan penyesuaian terhadap pemenuhan unsur-unsur pelanggaran Pasal 22 Undang-Undang dalam beberapa Putusan sebagai berikut:

1. Putusan Perkara No. 3/KPPU-L/2018

Bahwa dengan demikian “pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain” adalah pihak yang terkait dengan pelaku usaha yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan dengan cara mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

2. Putusan Perkara No. 4/KPPU-L/2018

Bahwa dengan demikian “pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain” adalah pihak yang terkait dengan pelaku usaha yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan dengan cara mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Penafsiran/pengertian Komisi terhadap Putusan MK No. 85/PUU-XIV/2016 telah termaktub dalam contoh putusan diatas, yang dimaknai bahwa semua pihak yang terkait dengan proses persekongkolan tender adalah semua pihak yang terkait dalam Persekongkolan yaitu Pelaku Usaha, Pelaku Usaha pesaing, kelompok kerja (pokja) pengadaan, fasilitator, vendor, *manufacture*, penjamin, distributor, pejabat, individu, notaris, produsen, Aparatur Sipil Negara (ASN), pemilik pekerjaan, pihak yang mempunyai akses dalam sistem pengadaan secara elektronik.

- (1) Unsur mengatur dan/atau menentukan pemenang Tender

Berdasarkan Putusan MK No. 85/PUU-XIV/2016 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.

Mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah:

Merancang, mempersiapkan, merencanakan, memfasilitasi, “suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses Tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara”. Pengaturan dan atau penentuan pemenang Tender tersebut antara lain: penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender, dan sebagainya”.

(2) 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 tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha”.

BAB III PERSEKONGKOLAN TENDER

A. Definisi dan Indikasi Persekongkolan Dalam Tender

Persekongkolan Tender (atau kolusi Tender) terjadi ketika Pelaku Usaha, yang seharusnya bersaing secara tertutup, bersekongkol untuk menaikkan harga atau menurunkan kualitas barang atau jasa untuk para pembeli yang ingin memperoleh produk atau jasa melalui suatu proses pengadaan(OECD: *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*).

Pasal 1 angka 8 Undang-Undang menyatakan, “*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*”. Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Pasal 1 angka 8 Undang-Undang tidak dapat ditafsirkan limitatif disebabkan perkembangan perubahan modus Persekongkolan Tender. Merujuk definisi tersebut, secara tegas dan imperatif diperoleh pemaknaan bahwa Persekongkolan terjadi apabila terdapat sedikitnya 2 (dua) Pelaku Usaha yang saling bekerja sama melakukan tindakan yang melanggar hukum demi mencapai tujuan tertentu. Persekongkolan dapat terjadi ketika dua atau lebih kompetitor setuju untuk tidak berkompetisi dengan satu sama lain dengan tujuan tertentu, misalkan dalam sebuah Tender, Persekongkolan terjadi apabila sesama peserta Tender dengan sepakat tidak berkompetisi dengan maksud agar peserta Tender tertentu memenangkan Tender.

Berdasarkan kamus hukum (*Black’s Law Dictionary*), *bid rigging is when competitors increase prices of bids to customers. Its illegal. AKA bid suppression*. Sedangkan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), sekongkol adalah (kata benda) orang yang turut serta berkomplot melakukan kejahatan (kecurangan dan sebagainya), (kata kerja) bersekongkol.

Persekongkolan dalam Tender dapat dilakukan secara terang-terangan maupun diam-diam. Tindakan yang dilakukan melalui penyesuaian, penawaran sebelum dimasukkan, menciptakan persaingan semu, menyetujui dan/atau memfasilitasi, pemberian kesempatan eksklusif. Termasuk tindakan tidak menolak meskipun mengetahui bahwa perbuatan tersebut dilakukan untuk pengaturan pemenangan tender.

Persekongkolan dalam Tender dapat dibedakan pada 4 (empat) jenis, yaitu Persekongkolan horizontal, Persekongkolan vertikal, gabungan Persekongkolan vertikal dan horizontal, dan Persekongkolan dalam bentuk lain. Berikut penjelasan atas bentuk Persekongkolan tersebut.

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 di antara peserta Tender.

Contoh:

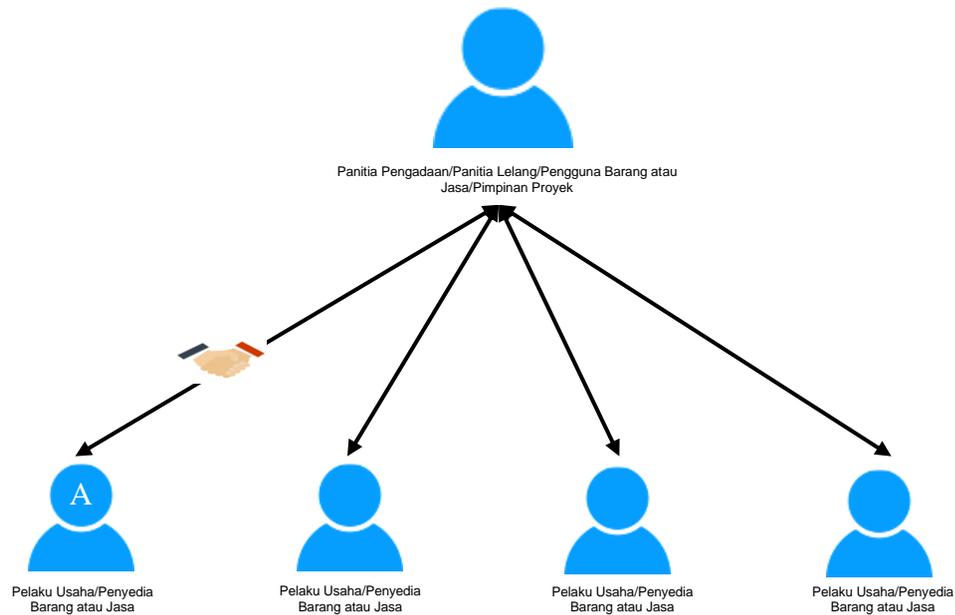


Pelaku Usaha A, Pelaku Usaha B, Pelaku Usaha C, dan Pelaku Usaha D bersepakat untuk mengatur Tender dalam pengadaan barang X. Pelaku Usaha A, Pelaku Usaha B, Pelaku Usaha C, dan Pelaku Usaha D menentukan pemenang Tender dengan mengatur peran masing-masing, misalnya siapa yang menang/kalah, serta skenario pengaturannya.

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.

Contoh:



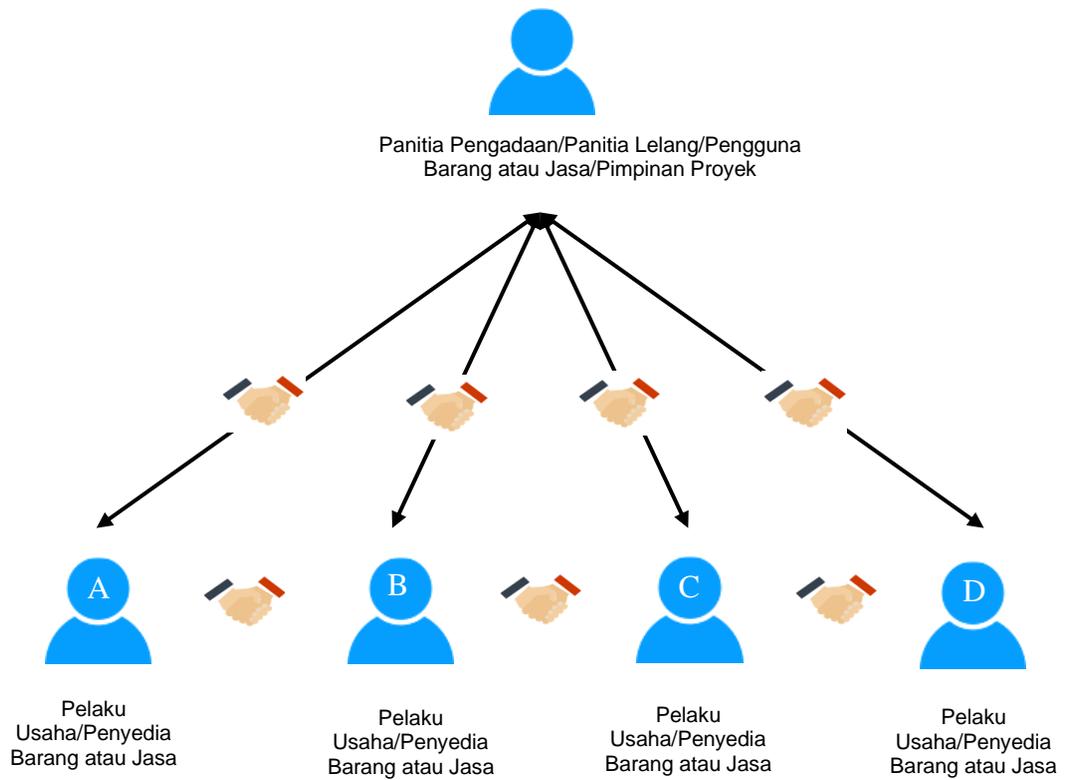
Panitia pengadaan barang X melakukan Persekongkolan dengan Pelaku Usaha A untuk mengatur agar Pelaku Usaha A dapat memenangkan tender X.

Dalam hal panitia pengadaan barang X dalam contoh diatas menimbulkan kerugian negara sampai dengan jumlah tertentu yang digunakan untuk memperkaya dirinya. Terhadap tindakan tersebut Komisi dapat merekomendasikan dalam Putusan agar kerugian negara atau tindakan korupsi tersebut ditindaklanjuti oleh aparat penegak hukum.

3. Persekongkolan Vertikal dan Horizontal

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 Pelaku Usaha melakukan proses Tender hanya secara administratif dan tertutup.

Contoh:



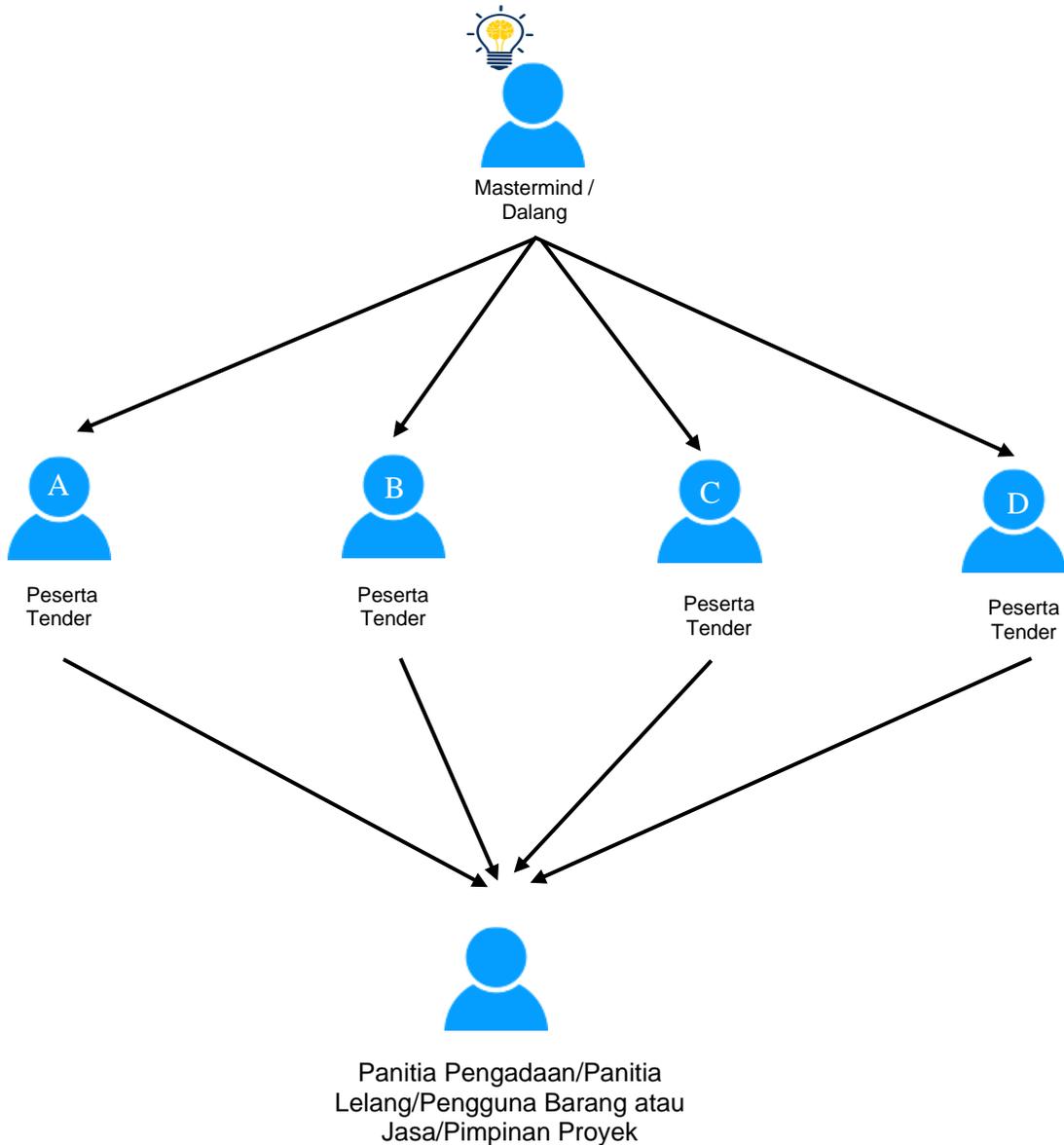
Panitia pengadaan barang X melakukan persekongkolan dengan Pelaku Usaha A, Pelaku Usaha B, Pelaku Usaha C dan Pelaku Usaha D agar Pelaku Usaha A, Pelaku Usaha B, Pelaku Usaha C dan Pelaku Usaha D bergantian untuk memenangkan Tender di instansinya terhadap pengadaan barang dan/atau jasa yang berbeda.

4. Persekongkolan dalam bentuk lain

Merupakan Persekongkolan yang melibatkan satu atau lebih pihak lain termasuk pihak yang tidak mengikuti proses Tender yang berfungsi sebagai pengatur skenario/pendana/penghubung/calon dan/atau peran lainnya untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender.

Persekongkolan dalam bentuk lain juga meliputi tender fiktif dimana baik panitia Tender, pemberi pekerjaan, maupun Pelaku Usaha melakukan suatu proses Tender hanya secara administratif dan tertutup.

Contoh:



Pelaku Usaha A, Pelaku Usaha B, Pelaku Usaha C, dan Pelaku Usaha D mengikuti tender pengadaan barang X yang diatur oleh pihak lain (mastermind/dalang) berdasarkan skenario tertentu untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender.

Berdasarkan Putusan MK No. 85/PUU-XIV/2016, pemaknaan pihak lain tidak saja menjadikan frasa “pihak lain” sebagaimana yang diatur dalam Pasal 22 Undang-Undang yang ada dalam praktik 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, Komisi harus memiliki bukti yang cukup untuk membuktikan adanya keterlibatan pihak ketiga dalam menentukan keterkaitannya dengan Pelaku Usaha. Dengan demikian diperlukan kehati-hatian Komisi dalam menentukan keterkaitan pihak ketiga tersebut dengan Pelaku Usaha. Dengan demikian sepanjang Komisi 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 Undang-Undang yang berkenaan dengan frasa “pihak lain” harus menyelaraskan dengan Pasal 1 angka 8 UU 5/1999 sebagaimana yang telah Mahkamah pertegas, yaitu “pihak yang terkait dengan Pelaku Usaha”.

B. Indikasi Persekongkolan Tender

Tender dan/atau kondisi yang berpotensi menciptakan persaingan usaha tidak sehat atau menghambat persaingan usaha meliputi:

1. Tender bersifat tertutup, tidak transparan, tidak diumumkan secara luas, tidak dapat diakses, batas waktu sempit sehingga mengakibatkan para pelaku usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi tidak dapat mengikutinya;
2. Tender bersifat diskriminatif dan tidak dapat diikuti oleh semua pelaku usaha dengan kompetensi yang sama;
3. Tender dengan persyaratan dan spesifikasi teknis atau merek yang mengarah kepada Pelaku Usaha tertentu sehingga menghambat Pelaku Usaha lain untuk ikut;
4. jumlah perusahaan yang sedikit, Persekongkolan Tender biasanya terjadi ketika terdapat jumlah perusahaan yang terbatas dalam memasok barang atau jasa, semakin sedikit jumlah penjual, maka akan semakin mudah bagi mereka dalam membuat perjanjian dalam mengatur Persekongkolan;
5. sedikit atau tidak ada hambatan masuk, ketika terdapat jumlah perusahaan yang sedikit dalam memasuki pasar atau akan memasuki pasar karena biaya yang cukup besar, susah untuk dimasuki, perusahaan dalam pasar tersebut akan dilindungi dari tekanan perusahaan akibat pemain baru yang potensial, hambatan tersebut mempermudah upaya Persekongkolan Tender;
6. kondisi pasar, perubahan signifikan dalam kondisi permintaan atau penawaran cenderung memperlemah perjanjian Persekongkolan Tender yang tengah berlangsung. Suatu aliran permintaan sektor publik yang tetap dan dapat diprediksi cenderung meningkatkan risiko kolusi. Pada saat pasar bersangkutan, sepanjang periode ekonomi yang resesi atau penuh ketidakpastian, insentif bagi pesaing untuk melakukan Persekongkolan Tender meningkat karena mereka berupaya menutupi kerugian usaha mereka melalui keuntungan dari kolusi;
7. asosiasi perusahaan, asosiasi perusahaan dapat digunakan sebagai mekanisme pro persaingan yang sah bagi anggotanya untuk mempromosikan standar, inovasi, dan persaingan. Sebaliknya, ketika diubah menjadi tujuan yang ilegal dan anti persaingan, asosiasi tersebut dapat digunakan oleh Pelaku Usaha untuk bertemu dan membahas mengenai cara dan metode untuk mencapai dan melaksanakan suatu perjanjian Persekongkolan Tender;

8. pengadaan yang berulang, pembelian yang berulang meningkatkan potensi kolusi, frekuensi pengadaan membantu para anggota persekongkolan untuk mengalokasikan kontrak di antara mereka. Sebagai tambahan, anggota kartel tersebut dapat menghukum pembangkang dengan menargetkan pengadaan yang tadinya dialokasikan untuknya. Akibatnya, kontrak atas barang atau jasa yang umum dan berulang membutuhkan suatu alat dan kewaspadaan untuk mengatasi kolusi tender;
9. produk atau jasa yang mirip atau sederhana, ketika suatu produk atau jasa yang dijual individu atau perusahaan adalah serupa atau sangat mirip, maka akan semakin mudah bagi perusahaan untuk membuat perjanjian dalam hal struktur harga penawaran yang sama;
10. substitusi yang sedikit, ketika terdapat sedikit, atau sama sekali tidak terdapat, produk atau jasa alternatif yang dapat disubstitusi dengan produk atau jasa yang sedang dibeli, perusahaan atau individu yang berkeinginan untuk mengatur Tender akan lebih aman karena mengetahui bahwa pembeli memiliki alternatif yang terbatas dan upaya menaikkan harga mereka akan lebih berhasil;
11. sedikit atau ketiadaan perubahan teknologi, sedikit atau ketiadaan inovasi produk atau jasa akan membantu perusahaan untuk membuat perjanjian dan mempertahankan perjanjian tersebut untuk jangka waktu yang cukup lama.

Untuk mengetahui telah terjadi atau tidak terjadi suatu Persekongkolan dalam Tender, berikut dijelaskan berbagai indikasi persekongkolan yang sering dijumpai pada pelaksanaan Tender. Perlu diperhatikan bahwa hal berikut ini merupakan indikasi Persekongkolan, sedangkan bentuk atau perilaku Persekongkolan maupun ada tidaknya Persekongkolan tersebut harus dibuktikan melalui pemeriksaan oleh Komisi.

1. Indikasi Persekongkolan pada saat perencanaan, antara lain:
 - a. pemilihan metode pengadaan yang menghindari pelaksanaan Tender atau lelang secara terbuka;
 - b. pencantuman spesifikasi teknik, jumlah, mutu, dan/atau waktu penyerahan barang yang akan ditawarkan atau dijual atau dilelang yang hanya dapat disuplai oleh satu Pelaku Usaha tertentu;
 - c. Tender atau lelang dibuat dalam paket yang hanya satu atau dua peserta tertentu yang dapat mengikuti atau melaksanakannya;
 - d. ada keterkaitan antara sumber pendanaan dan asal barang atau jasa;
 - e. nilai uang jaminan lelang ditetapkan jauh lebih tinggi dari pada nilai dasar lelang;
 - f. penetapan tempat dan waktu lelang yang sulit dicapai dan diikuti;
 - g. pengumuman di Sistem Rencana Umum Pengadaan (SIRUP); dan/atau
 - h. pemilik anggaran sudah merencanakan siapa konsultan perencanaan yang akan dipilih atau ditunjuk; dan

- i. konsultan membantu pemilik anggaran untuk mendesain dokumen lelang yang memuat spesifikasi Tender agar sesuai dengan calon pemenang yang sudah direncanakan.
2. Indikasi Persekongkolan pada saat pembentukan Panitia, antara lain:
 - a. panitia yang dipilih tidak memiliki kualifikasi yang dibutuhkan sehingga mudah dipengaruhi;
 - b. panitia terafiliasi dengan Pelaku Usaha tertentu; dan/atau
 - c. susunan dan kinerja panitia tidak diumumkan atau cenderung tertutup.
3. Indikasi Persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan atau pra lelang, antara lain:
 - a. persyaratan untuk mengikuti prakualifikasi membatasi dan/atau mengarah kepada Pelaku Usaha tertentu;
 - b. adanya kesepakatan dengan Pelaku Usaha tertentu mengenai spesifikasi, merek, jumlah, tempat, dan/atau waktu penyerahan barang dan jasa yang akan ditender atau dilelangkan;
 - c. adanya kesepakatan mengenai cara, tempat, dan/atau waktu pengumuman Tender atau lelang;
 - d. adanya Pelaku Usaha yang diluluskan dalam prakualifikasi walaupun tidak atau kurang memenuhi persyaratan yang telah ditetapkan;
 - e. panitia memberikan perlakuan khusus/istimewa kepada Pelaku Usaha tertentu;
 - f. adanya persyaratan tambahan yang dibuat setelah prakualifikasi dan tidak diberitahukan kepada semua peserta;
 - g. adanya pemegang saham yang sama diantara peserta atau Panitia atau pemberi pekerjaan maupun pihak lain yang terkait langsung dengan tender atau lelang dan mempunyai benturan kepentingan;
 - h. panitia sejak awal telah memberikan informasi bahwa akan ada pekerjaan yang akan ditenderkan, kemudahan atau memfasilitasi calon pemenang Tender baik dari sisi kelengkapan administrasi, waktu, dan lainnya; dan/atau
 - i. panitia melakukan komunikasi dengan peserta Tender melalui whatsapp, dokumen elektronik, surat elektronik, atau telepon baik secara langsung maupun tidak langsung.
4. Indikasi Persekongkolan pada saat pembuatan persyaratan untuk mengikuti Tender atau lelang maupun pada saat penyusunan dokumen Tender atau lelang, antara lain meliputi adanya persyaratan Tender atau lelang yang mengarah kepada barang atau produk atau merek atau jasa tertentu terkait dengan sertifikasi barang atau jasa, mutu, kapasitas dan waktu penyerahan yang harus dipenuhi.
5. Indikasi Persekongkolan pada saat pengumuman tender atau lelang, antara lain:
 - a. jangka waktu pengumuman Tender atau lelang yang sangat terbatas;
 - b. informasi dalam pengumuman Tender atau lelang dengan sengaja dibuat tidak lengkap dan tidak memadai. Sementara, informasi yang lebih lengkap diberikan hanya kepada Pelaku Usaha tertentu;

- c. pengumuman Tender atau lelang dilakukan melalui media dengan jangkauan yang sangat terbatas, misalkan pada surat kabar yang tidak dikenal ataupun pada papan pengumuman yang jarang dilihat publik atau pada surat kabar dengan jumlah eksemplar yang tidak menjangkau sebagian besar target yang diinginkan; dan/atau
 - d. pengumuman Tender atau lelang dimuat pada surat kabar dengan ukuran iklan yang sangat kecil atau pada bagian/*lay-out* surat kabar yang seringkali dilewatkan oleh pembaca yang menjadi target Tender atau lelang.
6. Indikasi Persekongkolan pada saat pengambilan dokumen Tender atau lelang, antara lain:
- a. dokumen Tender atau lelang yang diberikan tidak sama bagi seluruh calon peserta Tender atau lelang;
 - b. waktu pengambilan dokumen Tender atau lelang yang diberikan sangat terbatas;
 - c. alamat atau tempat pengambilan dokumen Tender atau lelang sulit ditemukan oleh calon Tender atau lelang;
 - d. panitia memindahkan tempat pengambilan dokumen Tender atau lelang secara mendadak menjelang penutupan waktu pengambilan dan perubahan tersebut tidak diumumkan secara terbuka; dan/atau
 - e. kroscek dokumen Tender yang harus di unduh dan dibayar.
7. Indikasi Persekongkolan pada saat penentuan harga perkiraan sendiri atau harga dasar lelang, antara lain:
- a. ada dua atau lebih harga perkiraan sendiri atau harga dasar atas satu produk atau jasa yang dilakukan Tender atau lelang;
 - b. harga perkiraan sendiri atau harga dasar hanya diberikan kepada Pelaku Usaha tertentu;
 - c. harga perkiraan sendiri atau harga dasar ditentukan berdasarkan pertimbangan yang tidak jelas dan tidak wajar.
 - d. pemberian diskon dari manufaktur kepada vendor yang akan mengikuti Tender.
8. Indikasi Persekongkolan pada saat penjelasan Tender atau *open house* lelang, antara lain meliputi:
- a. informasi atas barang atau jasa yang dilakukan Tender atau lelang tidak jelas dan cenderung ditutupi;
 - b. penjelasan Tender atau lelang dapat diterima oleh Pelaku Usaha yang terbatas sementara sebagian besar calon peserta lainnya tidak dapat menyetujuinya;
 - c. panitia bekerja secara tertutup dan tidak memberi layanan atau informasi yang seharusnya diberikan secara terbuka; dan/atau
 - d. salah satu calon peserta Tender atau lelang melakukan pertemuan tertutup dengan Panitia.
9. Indikasi Persekongkolan pada saat penyerahan dan pembukaan dokumen atau kotak penawaran Tender atau lelang, antara lain:
- a. adanya dokumen penawaran yang diterima setelah batas waktu;
 - b. adanya dokumen yang dimasukkan dalam satu amplop bersama-sama dengan penawaran peserta Tender atau lelang yang lain;

- c. adanya penawaran yang diterima oleh Panitia dari Pelaku Usaha yang tidak mengikuti atau tidak lulus dalam proses kualifikasi atau proses administrasi;
 - d. terdapat penyesuaian harga penawaran pada akhir sebelum memasukkan penawaran;
 - e. adanya pemindahan lokasi atau tempat penyerahan dokumen penawaran secara mendadak tanpa pengumuman secara terbuka;
 - f. perbedaan waktu pembukaan dokumen diantara para peserta Tender atau tidak sekaligus waktunya;
 - g. adanya perbedaan waktu penyampaian dokumen penawaran diantara peserta Tender (*post bidding*); dan/atau
 - h. panitia yang sudah merencanakan pemenang mengizinkan penerimaan dokumen penawaran sesudah batas waktu.
10. Indikasi Persekongkolan pada saat evaluasi dan penetapan pemenang Tender atau lelang, antara lain:
- a. jumlah peserta Tender atau lelang yang lebih sedikit dari jumlah peserta Tender atau lelang dalam tender atau lelang sebelumnya;
 - b. harga yang dimenangkan jauh lebih tinggi atau lebih rendah dari harga Tender atau lelang sebelumnya oleh perusahaan atau Pelaku Usaha yang sama;
 - c. para peserta Tender atau lelang memasukkan harga penawaran yang hampir sama;
 - d. peserta Tender atau lelang yang sama, dalam Tender atau lelang yang berbeda mengajukan harga yang berbeda untuk barang yang sama, tanpa alasan yang logis untuk menjelaskan perbedaan tersebut;
 - e. panitia cenderung untuk memberi keistimewaan pada peserta Tender atau lelang tertentu;
 - f. adanya beberapa dokumen penawaran Tender atau lelang yang mirip;
 - g. adanya dokumen penawaran yang ditukar atau dimodifikasi oleh panitia;
 - h. proses evaluasi dilakukan ditempat yang terpencil dan tersembunyi;
 - i. perilaku dan penawaran peserta Tender atau lelang dalam memasukkan penawaran mengikuti pola yang sama dengan beberapa Tender atau lelang sebelumnya; dan/atau
 - j. konspirasi panitia dengan pejabat pembuat komitmen atau LPSE mengatur *bandwidth* server:
 - 1) memperkecil *bandwidth* server pada jam tertentu;
 - 2) membuka server pada jam yang sudah dijanjikan dengan calon pemenang;
 - 3) mematikan persediaan listrik untuk server; dan/atau
 - 4) *bidding room* yang disediakan oleh LPSE memungkinkan peserta lelang untuk bertemu dan berkomunikasi.
11. Indikasi Persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang, antara lain:
- a. pengumuman secara terbatas sehingga tidak diketahui secara optimal oleh Pelaku Usaha yang memenuhi persyaratan, misalkan diumumkan pada media yang tidak jelas atau diumumkan melalui faksimili dengan nama pengirim yang kurang jelas;

- b. tanggal pengumuman Tender atau lelang ditunda dengan alasan yang tidak jelas;
 - c. peserta Tender atau lelang memenangkan Tender atau lelang cenderung berdasarkan giliran;
 - d. ada peserta Tender atau lelang yang memenangkan Tender atau lelang secara terus menerus di wilayah tertentu; dan/atau
 - e. ada selisih harga yang besar antara harga yang diajukan pemenang Tender atau lelang dengan harga penawaran peserta lainnya, dengan alasan yang tidak wajar atau tidak dapat dijelaskan.
12. Indikasi Persekongkolan pada saat pengajuan sanggah, antara lain:
- a. panitia tidak menanggapi sanggah peserta Tender atau lelang;
 - b. panitia cenderung menutupi proses dan hasil evaluasi; dan/atau
 - c. panitia tidak memberikan kesempatan yang sama kepada peserta Tender atau lelang.
13. Indikasi Persekongkolan pada saat penunjukan pemenang Tender atau lelang dan penandatanganan kontrak, antara lain:
- a. surat penunjukan pemenang Tender atau lelang telah dikeluarkan sebelum proses sanggahan diselesaikan;
 - b. penerbitan surat penunjukan pemenang Tender atau lelang mengalami penundaan tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan;
 - c. surat penunjukan pemenang Tender atau lelang tidak lengkap;
 - d. konsep kontrak dibuat dengan menghilangkan hal penting yang seharusnya menjadi bagian yang tidak terpisahkan dalam kontrak;
 - e. penandatanganan kontrak dilakukan secara tertutup; dan/atau
 - f. penandatanganan kontrak mengalami penundaan tanpa alasan yang tidak dapat dijelaskan.
14. Indikasi Persekongkolan pada saat pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan, antara lain:
- a. pemenang Tender atau lelang mensubkontrakkan pekerjaan kepada perusahaan lain atau peserta Tender atau lelang yang kalah dalam tender atau lelang tersebut;
 - b. volume atau nilai proyek yang diserahkan tidak sesuai dengan ketentuan awal, tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan; dan/atau
 - c. hasil pengerjaan tidak sesuai atau lebih rendah dibandingkan dengan ketentuan yang diatur dalam spesifikasi teknis, tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.

C. Dampak Persekongkolan Bagi Persaingan Usaha yang Sehat

Dilihat dari sisi pemberi kerja dan kesejahteraan masyarakat, Persekongkolan dalam Tender dapat merugikan dalam bentuk antara lain:

1. konsumen atau pemberi kerja membayar harga yang lebih mahal dari harga yang sebenarnya;
2. barang atau jasa yang diperoleh baik dari sisi mutu, jumlah, waktu, maupun nilai seringkali lebih rendah dari yang akan diperoleh apabila Tender dilakukan sesuai dengan prosedur;
3. terjadi hambatan pasar bagi peserta potensial yang tidak memperoleh kesempatan untuk mengikuti dan memenangkan Tender; dan
4. nilai proyek untuk Tender pengadaan jasa menjadi lebih tinggi akibat *mark-up* yang dilakukan oleh pihak yang bersekongkol. Apabila hal tersebut dilakukan dalam proyek Pemerintah yang pembiayaannya melalui Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara, maka persekongkolan tersebut berpotensi menimbulkan ekonomi biaya tinggi.

D. Hal-hal Yang Perlu Diperhatikan Untuk Menganalisis Adanya Persekongkolan Dalam Tender

Dalam Undang-Undang, persekongkolan tender dinyatakan sebagai perilaku yang bersifat *rule of reason*, yaitu suatu tindakan memerlukan pembuktian dalam menentukan telah terjadinya pelanggaran terhadap persaingan usaha yang sehat. Untuk itu dalam Persekongkolan Tender, perlu diketahui apakah proses Tender tersebut dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

Dengan mempertimbangkan fakta bahwa mayoritas perkara di Komisi adalah pelanggaran Pasal 22 dan dampak luar biasa terhadap penggunaan keuangan negara dikaitkan dengan korupsi, kolusi, dan nepotisme, maka ditegaskan bahwa fungsi peran Komisi sebagai lembaga administratif. Apabila ditemukan adanya kerugian negara yang masuk dalam ranah pidana, maka Komisi dapat menyerahkan putusan Komisi sebagai bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan.

Hal ini diatur dalam Pasal 44 ayat (5) Undang-Undang:

“Putusan Komisi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (4) merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan. “

E. Contoh Kasus

Berikut adalah beberapa contoh perilaku Persekongkolan Tender yang telah diputus oleh Komisi agar membantu pemahaman Persekongkolan dalam Tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 Undang-Undang, baik yang dilakukan secara horizontal, vertikal maupun gabungan vertikal dan horizontal.

1. Kasus Persekongkolan Horizontal
PT. A, PT. B, dan PT. C melakukan kerjasama dalam penyusunan dokumen penawaran, persamaan personil yang menyusun dokumen penawaran, beberapa kesamaan kesalahan penulisan pada dokumen penawaran, kesamaan *author* pada metadata dokumen penawaran, dan penggunaan jaringan internet dalam mengupload dokumen penawaran.

Terdapat tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta tender lainnya yang dilakukan secara terang-terangan antara PT. A, PT. B, dan PT. C berupa peminjaman *flash disk* berisi dokumen penawaran PT. A, terdapat tindakan membandingkan dokumen tender, terdapat kerjasama antara PT. A, PT. B, dan PT. C, sebelum penyerahan atau pengunggahan dokumen penawaran tender, sehingga terdapat persaingan semu antara PT. A, PT. B, PT. C dalam mengikuti tender.

2. Kasus Persekongkolan Vertikal
Berawal dari laporan publik yang melibatkan beberapa Terlapor, yakni PT. A, PT. B, PT. C, PT. D, PT. E, dan Pokja F. Dalam proses persidangan, Majelis Komisi menilai adanya persekongkolan vertikal yang dilakukan oleh PT. A dan Pokja F dalam pengadaan tersebut, khususnya dalam bentuk berbagai pembiaran dan fasilitasi yang dilakukan Pokja F kepada PT. A untuk memenangkan Tender.
3. Kasus Persekongkolan Gabungan Vertikal dan Horizontal
Berawal dari inisiatif yang dilakukan oleh Komisi terhadap pekerjaan pembangunan pelabuhan jangkar yang melibatkan PT. A, PT. B, PT. C dan Pokja D. Dalam proses persidangan, Majelis Komisi menilai adanya hubungan keluarga (afiliasi) antara PT. A dan PT. B telah memberikan keleluasaan kepada PT. A dan PT. B untuk menciptakan persaingan semu. Majelis Komisi juga menilai adanya kesamaan dokumen dan kesamaan IP Address peserta Tender, serta terdapat komunikasi antara PT. A selaku pemenang Tender dengan Pokja D.
4. Kasus Persekongkolan dalam bentuk lain
Berawal dari laporan publik yang melibatkan beberapa Terlapor, yakni PT. A, PT. B, dan Pokja C. Majelis Komisi menilai fakta terjadinya persaingan semu dalam Tender yang dibuktikan dengan adanya jabatan rangkap antara PT. A dan PT. B, atas nama inisial D yang menjadi Komisaris PT. A dan Direktur PT. B.
Pokja C memberikan kesempatan eksklusif kepada PT. A dalam melakukan evaluasi teknis terhadap metode pelaksanaan PT. A. Pokja C menggugurkan beberapa peserta Tender lainnya yaitu PT. E, PT. F dan PT. G karena tidak menjelaskan salah satu komponen pekerjaan utama dalam metode pelaksanaan. Namun Pokja C tidak menggugurkan PT. A meskipun uraian pekerjaan utama dalam metode pelaksanaan PT. A tidak lengkap.
5. Kasus persekongkolan *post bidding*
Bahwa terdapat metode usulan teknis yang dilakukan yaitu kesamaan kesalahan pengetikan dokumen penawaran, kesamaan produk sebanyak kurang lebih 70% (tujuh puluh persen), dan kesamaan jumlah produk yang ditawarkan oleh PT. A, PT. B dan PT. C.

Bahwa Pokja D dan PT. B melakukan tindakan *post bidding* dan melakukan pertemuan atau interaksi di luar jam kerja. Pokja D memfasilitasi PT. A menjadi pemenang Tender. Berdasarkan pemeriksaan, Majelis Komisi menilai bahwa:

1. produk-produk yang ditawarkan oleh PT. A dan PT. B berasal dari prinsipal yang sama;
2. prinsipal yang sama tersebut memberikan Proposal Teknis yang menjadi rujukan bagi PT. A dan PT. B di dalam menyiapkan metode usulan teknis;
3. proposal yang disiapkan oleh PT. B dan PT. C tersebut telah diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh pihak L1 dan *di copy-paste* oleh pihak PT. B dan PT. C di dalam menyiapkan penawaran;
4. tindakan *Post Bidding* yang terjadi adalah sepenuhnya kesalahan akibat kelalaian dari Pokja D; dan
5. Pokja D tidak mengindahkan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan terkait.

BAB IV PEMBUKTIAN PERSEKONGKOLAN TENDER

A. Alat Bukti Berdasarkan Undang-Undang

Proses penyelidikan dan pemeriksaan perkara di Komisi memerlukan alat bukti bahwa Pelaku Usaha yang bersangkutan melanggar Undang-Undang dan peraturan pelaksanaannya. Dalam Pasal 42 Undang-Undang, alat bukti pemeriksaan Komisi terdiri dari:

1. keterangan saksi,
2. keterangan ahli,
3. surat dan/atau dokumen,
4. petunjuk,
5. keterangan Pelaku Usaha.

B. Bukti Langsung

Bukti langsung adalah bukti yang menunjukkan adanya pertemuan atau komunikasi antar Pelaku Usaha serta menggambarkan isi dari perjanjian antar Pelaku Usaha tersebut. Bentuk dari bukti langsung yaitu:

- a. dokumen baik dalam bentuk cetakan maupun elektronik yang menunjukkan isi perjanjian serta para pihak dalam perjanjian tersebut; dan
- b. pernyataan lisan maupun tertulis oleh para Pelaku Usaha kartel yang menggambarkan pelaksanaan dari kartel tersebut.

C. Bukti Tidak Langsung (*Indirect Evidence*) atau *Circumstantial Evidence*

Prinsipnya alat bukti harus tetap mengacu pada Pasal 42 Undang-Undang, karena bukti tidak langsung ini merupakan bukti petunjuk. Disamping itu, pendekatan dalam hukum persaingan adalah dibutuhkan analisis ekonomi yang komprehensif untuk memutuskan apakah suatu tindakan yang dilakukan oleh suatu perusahaan merupakan tindakan yang rasional dalam menghadapi perubahan pasar atau dalam rangka menghadapi persaingan ataupun sebagai konsekuensi keikutsertaan dalam konspirasi yang bersifat anti persaingan.

Menurut definisi, lembaga persaingan tidak dapat secara langsung membuktikan bahwa tindakan tersebut merupakan hasil kesepakatan. Hampir ada kesepakatan universal bahwa dari dua jenis bukti tidak langsung yang diuraikan di atas, bukti komunikasi adalah yang paling probatif dari sebuah persetujuan. Sebuah tinjauan kasus kartel yang diadili di negara-negara OECD, dimana bukti tidak langsung penting menunjukkan bahwa di hampir semua kasus yang berhasil ada bukti komunikasi. Oleh karena itu penerapan bukti tidak langsung sangat membutuhkan analisis yang cermat.

Bukti tidak langsung dalam Hukum Persaingan Usaha berdasarkan *best practices* sebagai berikut:

1. Menurut OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*). OECD dalam *Policy Brief June 2007, Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*, menjelaskan alat bukti adanya perjanjian kartel terdiri dari bukti langsung dan bukti tidak langsung.

Bukti tidak langsung adalah bukti yang tidak secara langsung menggambarkan isi dari perjanjian atau para pihak dalam perjanjian tersebut. Bukti tidak langsung terdiri dari bukti komunikasi antar para Pelaku Usaha yang dicurigai melakukan kartel dan bukti ekonomi tentang pasar serta perilaku dari para Pelaku Usaha kartel yang terlibat di dalamnya yang mengusulkan tindakan bersama tersebut. Bukti tidak langsung merupakan alat untuk mendeteksi bahwa ada indikasi praktik kartel yang dilakukan oleh para Pelaku Usaha, yaitu berupa perjanjian antara Pelaku Usaha yang menetapkan harga jual barang atau jasa tertentu kepada konsumen.

Bentuk dari bukti tidak langsung adalah:

- a) Bukti komunikasi
Bukti komunikasi terdiri dari:
 - 1) Rekaman pembicaraan telepon namun tidak menggambarkan isi pembicaraan antar Pelaku Usaha pesaing, atau catatan perjalanan ke tempat tujuan yang sama atau keikutsertaan dalam pertemuan tertentu seperti konferensi dagang;
 - 2) Bukti lain di mana para Pelaku Usaha berkomunikasi antara lain, berita acara atau catatan pertemuan yang menunjukkan pembahasan tentang harga, permintaan, atau penggunaan kapasitas, dokumen internal perusahaan yang menunjukkan pengetahuan atau pemahaman tentang strategi penetapan harga oleh Pelaku Usaha pesaing seperti pengetahuan tentang peningkatan harga oleh Pelaku Usaha pesaing di kemudian hari.
- b) Bukti ekonomi
Bukti ekonomi terdiri dari:
 - 1) bukti struktural (*structural evidence*)
Bukti ekonomi struktural adalah seperti konsentrasi pasar yang tinggi, rendahnya konsentrasi pasar sebaliknya, tingginya hambatan masuk pasar, homogenitas produk menunjukkan apakah struktur pasar memungkinkan untuk pembentukan suatu kartel.
 - 2) bukti perilaku (*conduct evidence*)
Bukti perilaku adalah seperti peningkatan harga yang paralel, dan pola penawaran yang mencurigakan yang menunjukkan apakah pesaing di pasar berperilaku tidak bersaing.

2. Menurut KFTC dengan Bukti Algoritma dalam Pembuktian Persekongkolan Tender

Sejumlah lembaga persaingan telah melaporkan penggunaan sistem untuk mendeteksi kasus Persekongkolan penawaran, yang hanya dimungkinkan jika tersedia data penawaran yang luas dan andal pada tender publik, serta algoritma yang mampu mendeteksi anomali penawaran dan pola penawaran yang mencurigakan di seluruh data yang terkumpul. Komisi Perdagangan Adil Korea Korean Fair Trade Commission (KFTC), yang dalam beberapa kesempatan berhasil mendeteksi Persekongkolan Tender dengan menyaring data Tender.

BRIAS adalah sistem analisis kuantitatif otomatis yang memprediksi kemungkinan kecurangan Tender, dengan menganalisis sejumlah besar data penawaran dari lembaga publik di Korea. Sejak 2013, sistem ini mengumpulkan informasi penawaran dari 51 instansi pemerintah pusat, 246 pemerintah daerah dan 26 perusahaan publik. Sistem BRIAS dirancang untuk mengukur kemungkinan terjadinya atau adanya persekongkolan tender dengan memperhatikan berbagai informasi seperti prosentase jumlah perusahaan yang lolos dalam penawaran, jumlah perusahaan yang mengikuti tender dan harga penawaran.

Untuk merancang sistem dan mengidentifikasi kriteria untuk mendeteksi kemungkinan Persekongkolan, KFTC mengandalkan pengalaman penegakan sebelumnya dan menggunakan tanda bahaya yang telah ditentukan sebelumnya untuk kolusi sebagai patokan. Berdasarkan penanda ini, sistem dirancang untuk memberikan skor yang lebih tinggi ketika:

- 1) tingkat keberhasilan perusahaan yang menang Tender tinggi;
- 2) hanya ada sedikit perusahaan yang memasukkan penawaran;
- 3) ada beberapa penawaran yang penawarannya lebih tinggi dari harga perkiraan sementara; dan/atau
- 4) ada kesenjangan yang besar antara harga penawaran dengan harga penawaran peserta yang kalah.

Sistem ini hanya efektif apabila sistem pembobotan seimbang dengan benar.

BAB V

SANKSI PERSEKONGKOLAN TENDER

A. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja

Berdasarkan Pasal 47 Undang-Undang sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja, Komisi berwenang untuk menjatuhkan sanksi administratif terhadap Pelaku Usaha yang melanggar ketentuan Pasal 22, berupa:

1. perintah kepada Pelaku Usaha untuk menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktik monopoli, menyebabkan persaingan usaha tidak sehat, dan/atau merugikan masyarakat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17, Pasal 18, Pasal 19, Pasal 20, Pasal 21, Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24, Pasal 26, dan Pasal 27 (Pasal 47 ayat (2) huruf c);
2. penetapan pembayaran ganti rugi (Pasal 47 ayat (2) butir f); dan/atau
3. pengenaan denda paling sedikit Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

B. Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2021 tentang Pelaksanaan Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat sebagai peraturan turunan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja diatur mengenai besaran denda maksimal sebagai berikut:

Pasal 12

- (1) Tindakan administratif berupa denda sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (2) huruf g merupakan denda dasar, dan pengenaan tindakan administratif berupa denda oleh Komisi diiakukan berdasarkan ketentuan sebagai berikut:
 - a. paling banyak sebesar 50% (lima puluh persen) dari keuntungan bersih yang diperoleh Pelaku Usaha pada Pasar Bersangkutan, selama kurun waktu terjadinya pelanggaran terhadap Undang- Undang; atau
 - b. paling banyak sebesar 10% (sepuluh persen) dari total penjualan pada Pasar Bersangkutan, selama kurun waktu terjadinya pelanggaran terhadap Undang-Undang.

- C. Peraturan Komisi Nomor 2 Tahun 2021 tentang Pedoman Pengenaan Sanksi Denda Pelanggaran Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat mengatur sebagai berikut:

Denda paling sedikit Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) sebagai Denda dasar.

Penghitungan Denda merupakan Denda Dasar ditambah dengan denda yang dihitung berdasarkan:

- a. dampak negatif yang ditimbulkan akibat pelanggaran;
- b. durasi waktu terjadinya pelanggaran;
- c. faktor yang meringankan;
- d. faktor yang memberatkan; dan/atau
- e. kemampuan Pelaku Usaha untuk membayar.

Rekomendasi dalam Putusan terkait Tender

Komisi juga dapat berkoordinasi dengan aparat penegak hukum terhadap persekongkolan dalam tender yang melibatkan Pegawai atau Pejabat Pemerintah, PNS atau yang diperbantukan pada Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, atau Swasta, maka untuk menegakkan hukum persaingan Komisi menyampaikan informasi tentang Persekongkolan tersebut kepada atasan Pegawai atau Pejabat bersangkutan atau Kejaksaan, maupun Komisi Pemberantasan Korupsi, untuk mengambil tindakan hukum sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah salah satu sanksi Daftar Hitam kepada Pelaku Usaha pada peserta pemilihan/penyedia berupa larangan mengikuti pengadaan barang dan/atau jasa diseluruh Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah dalam jangka waktu tertentu.

Sanksi Daftar Hitam 1 Tahun:

- a. peserta yang mengundurkan diri dengan alasan yang tidak dapat diterima;
- b. peserta yang mengundurkan diri atau tidak menandatangani kontrak katalog;
- c. pemenang mengundurkan diri dengan alasan yang tidak dapat diterima sebelum penandatanganan kontrak;
- d. penyedia yang tidak melaksanakan kontrak, tidak menyelesaikan pekerjaan, atau dilakukan pemutusan kontrak secara sepihak oleh PPK yang disebabkan oleh kesalahan Penyedia; dan
- e. penyedia tidak melaksanakan kewajiban dalam masa pemeliharaan sebagaimana mestinya.

Sanksi Daftar Hitam 2 Tahun:

- a. peserta menyampaikan dokumen atau keterangan palsu/tidak benar;
- b. peserta terindikasi melakukan persekongkolan dengan peserta lain;
dan
- c. peserta terindikasi melakukan korupsi, kolusi, dan nepotisme.

BAB VI
PENUTUP

Persekongkolan Tender merupakan salah satu kegiatan yang dilarang dalam Undang-Undang karena dapat menghambat persaingan usaha dan merugikan kepentingan umum. Pedoman ini diharapkan efektif dipergunakan oleh pemangku kepentingan dalam hal Persekongkolan Tender tersebut. Pembaruan pedoman ini akan dilakukan oleh Komisi apabila terdapat hal-hal yang berkembang berkaitan dengan Persekongkolan Tender.

KETUA KOMISI PENGAWAS PERSAINGAN USAHA
REPUBLIK INDONESIA,

ttd.

MUHAMMAD AFIF HASBULLAH