

BAB II PEMBAHASAN

II.1. Penerapan *Indirect Evidence* Pada Persekongkolan Tender

II.1.a Persekongkolan Tender Dalam Hukum Persaingan Usaha Indonesia

Pada dasarnya, setiap orang yang melakukan kegiatan usaha bertujuan untuk memperoleh keuntungan guna memenuhi kebutuhan hidupnya, sehingga menimbulkan persaingan usaha diantara para pelaku usaha¹⁰. Persaingan usaha yang tidak sehat biasanya terlihat dari cara pelaku usaha dalam bersaing dengan pelaku usaha lainnya. Salah satu cara pelaku usaha dalam bersaing yang menimbulkan persaingan usaha tidak sehat seperti persekongkolan, kartel, penyalahgunaan pasar dominan, penetapan harga (*price fixing*), dan sebagainya.

Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat secara umum, peraturan tersebut mengatur dua hal yaitu larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Monopoli merupakan penguasaan atas produksi atau pemasaran barang maupun jasa tertentu oleh satu pelaku usaha maupun satu kelompok pelaku usaha¹¹. Praktek monopoli merupakan pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu pelaku usaha atau lebih yang mengakibatkan penguasaan produksi dan pemasaran barang maupun jasa tertentu, sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat¹².

Berdasarkan UU No.5/1999 terdapat tiga indikator yang menyatakan adanya persaingan usaha tidak sehat yaitu persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur, persaingan usaha yang dilakukan dengan melawan hukum, serta persaingan usaha yang

¹⁰ Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014), hlm. 3

¹¹ Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Ps. 1 Angka (1).

¹² Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Ps. 1 Angka (2).

dilakukan dengan menghambat persaingan diantara para pelaku usaha. Persekongkolan tender (*bid rigging*) merupakan salah satu contoh persaingan usaha yang tidak dilakukan secara jujur, dikarenakan terdapat persekongkolan atau konspirasi diantara pelaku usaha dan penyelenggara tender dengan tujuan untuk memenangkan tender tersebut.

Persekongkolan atau konspirasi sendiri merupakan suatu bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dan pelaku usaha lainnya dengan tujuan untuk menguasai pasar bersangkutan demi kepentingan para pelaku usaha yang bersekongkol¹³. Berdasarkan UU No.5/1999 yang dimaksud dengan tender yaitu tawaran mengajukan harga untuk membeli, mendapatkan, menyediakan barang atau jasa, ataupun melaksanakan suatu pekerjaan. Dengan demikian, persekongkolan tender yaitu suatu bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan panitia maupun penyelenggara tender guna memenangkan suatu tender tersebut. Tindakan persekongkolan termasuk kegiatan yang dilarang dalam UU No.5/1999, khususnya pada Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 yang menyatakan sebagai berikut:

Pasal 22

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

Pasal 23

“Pelaku usaha dilarang untuk bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Pasal 24

“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk menghambat produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa pelaku usaha pesaingnya dengan maksud agar barang dan atau jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang baik dari jumlah, kualitas, maupun ketetapan waktu yang dipersyaratkan.”

Namun, Pasal 22 UU No. 5/1999 tersebut masih bersifat umum dan tidak memberikan penjelasan lebih lanjut terkait pelaksanaan tender. Pada pasal tersebut hanya melarang

¹³ Undang-Undang No.5 Tahun 1999 Tentang Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Ps.1 Angka (8).

persekongkolan dalam menentukan ataupun mengatur pemenang tender, tetapi tidak dijelaskan cara mengatur pemenang tender tersebut. Dalam pelaksanaan pasal 22 tersebut juga bergantung pada unsur-unsur yang terdapat pada pasal tersebut yaitu adanya para pihak yang terlibat dalam perjanjian dan yang membuat perjanjian dengan tujuan agar kegiatan tersebut saling menyesuaikan.

Berdasarkan Putusan Nomor 85/PUU-XIV/2016, Mahkamah Konstitusi menyatakan frasa "pihak lain" yang terdapat pada pasal 22 hingga pasal 24 UU No.5/1999 harus dimaknai dengan "pihak yang terkait dengan pelaku usaha lain". Hal tersebut dikarenakan, menurut Mahkamah Agung pada pasal-pasal tersebut menimbulkan ketidakpastian hukum dan dapat bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Sebelumnya, makna frasa "pihak lain" dapat bersifat tanpa batas dan dapat menjangkau siapa saja. Oleh sebab itu, perlu penyesuaian dalam memaknai frasa "pihak lain". Dengan demikian, KPPU harus berhati-hati dalam menentukan adanya suatu persekongkolan, sehingga perlu disertai dengan alat bukti yang kuat.

Pada dasarnya, dalam proses penyediaan barang dan jasa terdapat tahapan – tahapan yang harus dilalui guna menciptakan persaingan yang sehat diantara para pelaku usaha. Didalam tahapan – tahapan tersebut terdapat syarat dan prosedur tertentu yang harus dipenuhi. Namun, disetiap tahapan proses tender dapat terjadi persekongkolan mulai dari tahap perencanaan dan pembuatan persyaratan oleh panitia tender, penyesuaian dokumen tender antara peserta tender, hingga ditahap pengumuman tender tersebut. Persekongkolan dalam tender sendiri dapat melalui kesepakatan tertulis maupun tidak tertulis. Persekongkolan dalam tender juga dapat dilakukan dengan terang-terangan maupun dengan diam diam melakukan penyesuaian, melakukan penawaran, dan lain sebagainya.

Persekongkolan tender dibedakan menjadi tiga jenis yaitu:¹⁴

¹⁴ KPPU. *Pedoman Pasal 22 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender*. (Jakarta: KPPU, 2009).

- a. Persekongkolan horizontal merupakan persekongkolan yang dapat terjadi diantara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa tersebut dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya. Persekongkolan horizontal dapat disebut sebagai persekongkolan yang menciptakan persaingan semu diantara para peserta tender.
- b. Persekongkolan vertikal merupakan persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender ataupun dengan pengguna barang dan jasa tersebut. Persekongkolan vertikal dapat berbentuk panitia tender bekerja sama dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa yang termasuk dalam peserta tender tersebut.
- c. Persekongkolan Horizontal dan Vertikal merupakan suatu persekongkolan yang terjadi diantara panitia penyelenggara tender atau panitia lelang atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa tersebut. Dalam persekongkolan horizontal dan vertikal ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang berkaitan dengan proses pelaksanaan tender tersebut.

Salah satu contoh dari persekongkolan horizontal dan vertikal yaitu tender fiktif, yang mana panitia tender maupun para pelaku usaha melakukan suatu proses tender hanya secara administratif dan bersifat tertutup. Dalam hal ini, tender yang dapat berpotensi menciptakan persaingan yang tidak sehat yaitu salah satunya tender yang bersifat tertutup atau tidak transparan serta tidak diumumkan secara luas yang mengakibatkan para pelaku usaha yang memenuhi kualifikasi ataupun berkeinginan untuk ikut tidak dapat mengikuti proses tender tersebut.

Hingga kini, praktek persekongkolan tender (*bid rigging*) terus berkembang dengan berbagai sistematika baru yang dapat mengelabui para penegak hukum. Salah satu sistematika yang berkembang saat ini yaitu dengan *Bid Rotation* (rotasi penawaran) atau di Indonesia lebih

dikenal dengan “arisan tender”¹⁵. Dalam *Bid Rotation*, perusahaan bersekongkol untuk melakukan suatu penawaran dengan persetujuan bahwa pemenang ditentukan secara bergiliran.

Tentu persekongkolan tender dapat memberikan dampak yang merugikan konsumen atau pemberi kerja seperti misalnya konsumen atau pemberi kerja harus membayar dengan harga yang lebih mahal dibandingkan harga sesungguhnya, barang ataupun jasa yang diperoleh lebih rendah baik dari segi kualitas, jumlah, dan waktu, dan persekongkolan tersebut juga berdampak pada nilai proyek (dalam hal tender pengadaan jasa) menjadi lebih tinggi¹⁶.

II.1.b Pendekatan Per se Illegal dan Pendekatan Rule of Reason

Salah satu upaya pemerintah dalam mengatur praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dengan membentuk Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999. Sementara itu, negara lain seperti Amerika Serikat mengeluarkan *The Sherman Antitrust Act* pada tahun 1890, kemudian *The Clayton Antitrust Act* pada tahun 1914, *The Federal Trade Commission Act* pada tahun 1914 dan lain sebagainya guna mencegah adanya praktek monopoli.

Dalam hukum persaingan usaha dikenal adanya beberapa pendekatan dalam penerapannya, diantaranya yaitu pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason*. Dengan adanya pendekatan *per se illegal* maupun pendekatan *rule of reason* digunakan untuk menilai suatu perbuatan pelaku usaha apakah melanggar undang – undang persaingan

¹⁵ Arifa Puspita Maulidya, Budi Santoso, Budiharjo, “Analisis Yuridis Terhadap Praktik Dugaan Persekongkolan Tender Pembangunan Jalan (Kasus Putusan Perkara Nomor 07/KPPU-I/2017)”, *Diponegoro Law Journal*, Volume 8 No.4 (2019) hlm. 2477. Doi: <https://doi.org/10.18196/mls.v3i1.13223>

¹⁶ Resmaya Agnesia Mutiara Sirait, “Larangan Tindakan Persekongkolan Dalam Tender Berdasarkan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.” *Jurnal Hukum Vol. 2* (2020) hlm. 178-190. Doi: <http://dx.doi.org/10.26418/tlj.v4i2.33980>

usaha yang ada. Kedua pendekatan tersebut tentu memiliki perbedaan yang digunakan dalam UU No.5/1999.

Pendekatan *per se illegal* merupakan pendekatan yang menyatakan bahwa setiap perjanjian ataupun kegiatan usaha bersifat illegal, tanpa diperlukannya pembuktian lebih lanjut terhadap dampak yang akan ditimbulkan dari perjanjian maupun kegiatan usaha tersebut¹⁷. Dengan kata lain, bahwa larangan – larangan dalam pendekatan *per se illegal* bersifat jelas dan mutlak terhadap perjanjian tertentu, sehingga memberikan kepastian kepada pelaku usaha. Oleh sebab itu, dapat disimpulkan bahwa suatu kegiatan usaha atau perjanjian yang melanggar pendekatan *per se illegal* pasti akan merusak atau menghilangkan persaingan.

Pendekatan *rule of reason* merupakan suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk mengevaluasi dampak atau akibat dari suatu perjanjian atau kegiatan usaha untuk menentukan apakah perjanjian tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan¹⁸. Oleh karena itu, apabila suatu kegiatan usaha atau perjanjian terbukti mengganggu atau menghambat persaingan maka dapat diambil tindakan hukum.

Tentunya, kedua metode pendekatan tersebut memiliki perbedaan yang signifikan. Dalam pendekatan *rule of reason* dapat dilihat dari ketentuan pada pasal-pasal dalam UU No.5/1999, seperti pencantuman kata “yang dapat mengakibatkan” dan/atau “patut diduga” menurut para ahli yang menyiratkan bahwa diperlukan pembuktian lebih dalam terkait tindakan atau kegiatan usaha tersebut apakah dapat menimbulkan praktek monopoli ataupun kegiatan persaingan tidak sehat yang dapat menghambat persaingan.

¹⁷Andi Fahmi Lubis et.al. 2009. *Edisi Kedua: Hukum Persaingan Usaha antara teks dan konteks*. (Jakarta: Komisi Pengawas Persaingan Usaha).

¹⁸ *Ibid*.

Dalam pendekatan *per se illegal* pada ketentuan dalam pasal – pasal UU No.5/1999 dicirikan dengan terdapat kata – kata seperti “dilarang” tanpa diikuti anak kalimat yang berbunyi “...yang dapat mengakibatkan...” menurut para ahli. Karena itu, pendekatan *per se illegal* harus memenuhi dua syarat dalam penerapannya yaitu harus lebih ditujukan kepada pelaku usaha dikarenakan keputusan melanggar persaingan usaha dapat dijatuhkan tanpa perlu melakukan pembuktian terhadap akibatnya dan syarat kedua yaitu identifikasi pelanggaran persaingan usaha dapat dilakukan secara cepat dan mudah.

Pendekatan *per se illegal* maupun pendekatan *rule of reason* telah lama digunakan untuk menilai suatu tindakan yang dilakukan oleh para pelaku bisnis yang dapat menyebabkan pelanggaran undang – undang monopoli di Amerika Serikat. Penggunaan pendekatan *per se illegal* oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat pertama kali digunakan pada perkara *United States v. Trans-Missouri Freight Association* yang diikuti dalam *United States v. Joint Traffic Associaton*. Pada pekara tersebut menyangkut 18 perusahaan kereta api yang membuat perjanjian dengan membentuk “*Trans-Missouri Freight Association*”. Tujuan dari asosiasi tersebut yaitu untuk saling melindungi dengan menetapkan tarif yang menurut mereka pantas, membuat aturan dan lain sebagainya. Dengan demikian, Mahkamah Agung dalam keputusannya menyatakan bahwa perjanjian yang dibuat diantara para asosiasi tersebut adalah pendekatan *per se illegal* karena melanggar *Pasal 1 The Sherman Act*.

Pendekatan *per se illegal* dianggap lebih memberikan kepastian hukum terhadap ada tidaknya perjanjian yang melanggar hukum persaingan usaha. Namun, untuk membuktikan adanya suatu perjanjian sendiri tidak mudah, terlebih jika perjanjian tersebut dilakukan secara lisan.

Larangan secara *per se illegal* berdasarkan UU No.5/1999 diantaranya yaitu:

1.	Pasal 5 Ayat (1)	Tentang Penetapan Harga (<i>Price Fixing</i>);
----	------------------	--

2.	Pasal 6	Tentang Perjanjian Diskriminasi Harga;
3.	Pasal 22	Tentang Persekongkolan;
4.	Pasal 25	Tentang Penyalahgunaan Posisi Dominan;
5.	Pasal 26	Tentang Pengaturan Jabatan Rangkap;

Jadi, apabila terjadi pelanggaran terhadap pasal – pasal tersebut yang bersifat larangan yang menggunakan pendekatan *per se illegal*, KPPU hanya cukup membuktikan bahwa telah terjadi pelanggaran persaingan usaha tanpa melihat dampak atau akibat dari pelanggaran yang dilakukan. Selain itu, umumnya ancaman pidana terhadap pelanggaran yang bersifat *per se illegal* lebih rendah jika dibandingkan dengan pelanggaran yang bersifat *rule of reason*. Hal tersebut dikarenakan, pembuktian terhadap pelanggaran *rule of reason* lebih rumit dan sulit jika dibandingkan dengan pelanggaran yang bersifat *per se illegal*.

Berbeda dengan pendekatan *per se illegal*, penerapan pendekatan *rule of reason* mengharuskan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap peraturan persaingan usaha. Dalam menggunakan pendekatan *rule of reason* memerlukan waktu yang cukup lama dalam membuktikan adanya suatu perjanjian ataupun kegiatan yang menghambat persaingan usaha. Hal tersebut tentu berdampak pada kepastian hukum yang diperoleh oleh pelaku usaha.

Berikut larangan yang bersifat *rule of reason* berdasarkan UU No.5/1999 yaitu;

1.	Pasal 4	Tentang Perjanjian Yang Bersifat Oligopoli;
2.	Pasal 9	Tentang Perjanjian Pembagian Wilayah Atau Alokasi Pasar;
3.	Pasal 11	Tentang Perjanjian Yang Bersifat Kartel;
4.	Pasal 12	Tentang Perjanjian Yang Bersifat Trust;
5.	Pasal 13	Tentang Perjanjian Yang Bersifat Oligopsoni;

6.	Pasal 17	Tentang Kegiatan Usaha Yang Melakukan Praktik Monopoli;
7.	Pasal 18	Tentang Kegiatan Usaha Yang Melakukan Praktik Monopsoni;
8.	Pasal 19	Tentang Penguasaan Pasar;
9.	Pasal 20	Tentang Kegiatan Menjual Dibawah Harga Pokok;
10.	Pasal 26	Tentang Jabatan Rangkap. Dalam pasal ini larangan jabatan rangkap juga diatur menggunakan pendekatan <i>per se illegal</i> ;
11.	Pasal 28	Tentang Penggabungan, Peleburan, Dan Pengambilalihan Perusahaan lain;

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa penyelesaian kasus yang diduga melanggar pasal – pasal pendekatan *per se illegal* lebih cepat dibandingkan dengan penyelesaian kasus pelanggaran terhadap pasal – pasal pendekatan *rule of reason*. Hal tersebut dikarenakan, dalam pendekatan *rule of reason* diperlukan pembuktian secara mendalam terhadap dampak atau akibat dari perbuatan atau perjanjian tersebut yang dapat menghambat persaingan dan melanggar hukum persaingan usaha.

II.1.c Pembuktian dan Alat Bukti Dalam Hukum Persaingan Usaha

Ketentuan larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat di Indonesia diatur dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 “UU No.5/1999” tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Dengan adanya UU No.5/1999 sebagai dasar hukum persaingan usaha juga disertai dengan peraturan lainnya baik yang dikeluarkan oleh KPPU dalam bentuk Peraturan Komisi (Perkom), Pedoman KPPU, dan lain sebagainya.

Dengan adanya undang – undang persaingan usaha diharapkan dapat memberikan kepastian hukum serta perlindungan bagi para pelaku usaha, sehingga dapat menciptakan suatu

iklim ekonomi yang kondusif dan para pelaku usaha dapat bersaing secara sehat¹⁹. Perkara atau kasus monopoli maupun persaingan usaha tidak sehat tidaklah sebanyak kasus-kasus perdata maupun kasus pidana pada umumnya berdasarkan data laporan yang diterbitkan oleh KPPU setiap tahunnya. Salah satu kasus persaingan usaha tidak sehat yaitu persekongkolan. Pengertian persekongkolan berdasarkan Black's Law Dictionary yaitu:

“is a combination or confederacy between two or more persons formed for the purpose of committing, by their joint efforts, some unlawful in itself, but becomes unlawful when done by the concerted action of the conspirators, or for the purpose of using criminal or unlawful means to the commission of an act not in itself unlawful” (Black's Law Dictionary, 1968:382).

Dalam UU No.5/1999, persekongkolan diatur dalam Pasal 22 hingga Pasal 24. Sementara itu, persekongkolan tender diatur secara khusus pada Pasal 22 UU No.5/1999. Penegakan hukum dalam bidang persaingan usaha sangatlah penting guna menciptakan iklim ekonomi yang sehat. Tujuan penegakan hukum persaingan usaha sendiri terdapat pada Pasal 3 UU No.5/1999 diantaranya yaitu:

1. Untuk menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat;
2. Untuk mewujudkan iklim usaha yang sehat, sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi para pelaku usaha;
3. Untuk mencegah praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh para pelaku usaha;
4. Untuk menciptakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha;

Pembuktian merupakan hakikat dari suatu penegakan hukum. Pembuktian menjadi penentu bagi hukum terhadap suatu peristiwa maupun perbuatan hukum agar dapat

¹⁹ Rizki Dysas Prabawani dan Munawar Kholil, “Analisis Yuridis Penegakan Hukum Persekongkolan Tender Menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat”, Jurnal Hukum, Volume V No.2 (2017), hlm.78. Doi: <https://doi.org/10.20961/privat.v5i2.19396>

menentukan bersalah atau tidaknya seseorang serta menentukan hukumannya. Oleh karena itu, diperlukan alat bukti yang sah guna memperkuat kekuasaan hakim dalam memutuskan suatu perkara. Hukum persaingan usaha sendiri terdiri dari hukum formil dan hukum materil. Pada dasarnya, pembuktian sendiri merupakan suatu bagian penting dari hukum formil maupun hukum persaingan usaha.

Berdasarkan Pasal 42 UU No.5/1999, alat bukti yang digunakan oleh Majelis Komisi dalam memutuskan suatu perkara yaitu diantaranya keterangan saksi, keterangan ahli, surat atau dokumen, petunjuk, dan keterangan pelaku usaha. Jenis – jenis alat bukti tersebut hampir sama dengan jenis alat bukti dalam hukum acara pidana (Pasal 184 KUHP), perbedaannya terletak pada keterangan tersangka yang berubah menjadi keterangan pelaku usaha jika dalam hukum persaingan usaha. Selain itu, jenis alat bukti juga diatur pada Pasal 3 Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2023 tentang Tata Cara Penanganan Perkara Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yaitu berupa keterangan saksi, keterangan ahli, surat atau dokumen, petunjuk, dan keterangan terlapor. Berdasarkan Peraturan Komisi tersebut, KPPU dalam menangani suatu perkara minimal terdapat dua alat bukti.

Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai suatu lembaga independen yang memiliki kewenangan untuk menangani, memutuskan, dan melakukan penyelidikan terhadap suatu perkara. Namun, pada praktiknya dalam penanganan perkara KPPU mengalami berbagai kesulitan dalam pembuktian suatu perkara, baik dari sisi alat bukti langsung (*direct evidence*) dan bukti tidak langsung (*indirect evidence*). Oleh sebab itu, dalam pemeriksaan perkara persaingan terdapat dua jenis pembuktian yaitu bukti langsung (*direct evidence*) dan bukti tidak langsung (*indirect evidence*).

Alat bukti langsung (*direct evidence*) merupakan bukti yang dapat menjelaskan adanya suatu perjanjian maupun suatu kesepakatan tertulis ataupun tidak tertulis, tetapi secara jelas menerangkan adanya kesepakatan misal diantaranya yaitu perjanjian tertulis untuk

menyepakati harga atau mengatur produksi, serta pernyataan lisan maupun tulisan.²⁰ Alat bukti tidak langsung (*indirect evidence*) merupakan bukti yang tidak secara langsung menerangkan adanya kesepakatan diantara para pelaku usaha. Bukti tidak langsung (*indirect evidence*) meliputi bukti ekonomi dan bukti komunikasi yang dapat mengindikasikan adanya pelanggaran persaingan usaha²¹. Penggunaan kedua jenis alat bukti tersebut dikarenakan sulitnya untuk mendapatkan bukti langsung.

Namun, dalam UU No.5/1999 tidak secara spesifik menyatakan bahwa bukti ekonomi dan bukti komunikasi sebagai *indirect evidence*. Begitu pula pada Pasal 12 Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2023 tentang Tata Cara Penanganan Perkara Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat menjelaskan bahwa bukti ekonomi dan bukti komunikasi termasuk dalam bukti petunjuk. Dalam peraturan tersebut dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan bukti ekonomi yaitu penggunaan dalil ilmu ekonomi yang ditunjang dengan pengolahan data kuantitatif maupun kualitatif dan disertai dengan hasil analisis²². Di samping itu, yang dimaksud dengan bukti komunikasi yaitu pertemuan ataupun komunikasi antara para pihak dengan atau tanpa menjelaskan substansi dari pertemuan ataupun komunikasi tersebut.²³

Contoh bukti komunikasi yaitu rekaman komunikasi antar pelaku usaha, bukti perjalanan menuju tempat dan waktu yang sama dengan pesaing, notulensi rapat, hingga dokumen internal yang memuat keterangan terkait strategi harga pesaing. Contoh bukti ekonomi yaitu bukti perilaku yang bersifat memfasilitasi adanya pelanggaran persaingan usaha seperti pertukaran informasi, adanya *signal* harga, dan sebagainya.²⁴ Bukti ekonomi sendiri terdiri dari dua bentuk yaitu *structural evidence* (bukti struktural) dan *conduct evidence* (bukti

²⁰ Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014), hlm.190-192.

²¹ Loc.cit.

²² Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2023 Tentang Tata Cara Penanganan Perkara Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Ps. 12 Ayat (3).

²³ Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2023 Tentang Tata Cara Penanganan Perkara Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Ps. 12 Ayat (4).

²⁴ Susanti Adi Nugroho, loc.cit.

perilaku). Bukti ekonomi struktural sama halnya seperti konsentrasi pasar yang tinggi, rendahnya konsentrasi pasar sebaliknya, tingginya hambatan masuk pasar, homogenitas produk menunjukkan apakah suatu struktur pasar memungkinkan untuk pembentukan suatu kartel, sedangkan bukti ekonomi perilaku seperti peningkatan suatu harga yang paralel hingga pola penawaran yang mencurigakan yang menunjukkan pesaing di pasar melakukan tindakan bersaing²⁵.

Penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) umumnya diterapkan pada perkara kartel dan persekongkolan horizontal. Hal tersebut dikarenakan, jika melihat perkembangan hukum persaingan di Indonesia cukup sulit untuk mendapatkan bukti langsung (*direct evidence*) dalam perkara kartel²⁶. Oleh sebab itu, diperlukan penggunaan pembuktian (*indirect evidence* dalam rangka penegakan UU No.5/1999 khususnya pada perkara-perkara kartel.

The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) mengeluarkan Policy Brief June 2007, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement* yang menjelaskan bahwa bukti tidak langsung (*Indirect Evidence*) merupakan bukti yang tidak secara langsung menggambarkan suatu perjanjian ataupun para pihak yang terlibat dalam perjanjian tersebut.

OECD juga mengakui ambiguitas dari penggunaan *indirect evidence* yang terletak pada kutipan:

“The better practice is to use circumstantial evidence holistically, giving its cumulative effect, rather than on an item by item basis. Economic evidence is always ambiguous, it could be consistent with either agreement or independent action. Therefore, it requires careful analysis.”

²⁵ Udin Silalahi, ”Indirect Evidence dalam hukum persaingan usaha.” *Jurnal Hukum Bisnis* 32(5) (2013) hlm. 382.

²⁶ Dina Mayasari Sinaga, Martono Agusti, Janpatar Simamora, Penggunaan Indirect Evidence (Alat Bukti Tidak Langsung) Oleh KPPU Dalam Proses Pembuktian Dugaan Praktik Kartel (Studi di Kantor Pengawas Persaingan Usaha Wilayah I Medan), *Jurnal Hukum* Volume 02 No.01 (2021)
doi:<https://ejournal.uhn.ac.id/index.php/opinion>

Namun, pedoman OECD sendiri bukanlah sumber hukum positif menurut sistem hukum di Indonesia. Dengan demikian, penggunaan pembuktian tidak langsung (*indirect evidence*) masih diwarnai dengan ketidakpastian hukum. Padahal, penggunaan *indirect evidence* sangat diperlukan dalam penegakan perkara-perkara hukum persaingan usaha.

II.2. Kekuatan Penggunaan Indirect Evidence Dalam Pembuktian Pelanggaran Hukum Persaingan Usaha

Dalam menangani perkara, KPPU menggunakan *direct evidence* dan *indirect evidence* dalam membuktikan kasus pelanggaran praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Pada awalnya, KPPU menggunakan pembuktian *indirect evidence* untuk membuktikan telah adanya konspirasi ataupun kolusi baik yang disengaja maupun secara diam-diam yang dilakukan oleh para pelaku kartel²⁷. *Indirect evidence* sebagai salah satu alat pembuktian pelanggaran persaingan usaha yang termasuk dalam alat bukti petunjuk yang diatur pada Pasal 42 UU No.5/1999²⁸.

Penggunaan *indirect evidence* biasanya digunakan oleh KPPU dalam menangani praktik kartel dikarenakan sulit untuk dibuktikan secara langsung²⁹. Pembuktian tidak langsung (*indirect evidence*) dalam praktik di pengadilan tidak menjadi bukti yang diutamakan untuk digunakan oleh Majelis Hakim baik di tingkat peradilan maupun di Mahkamah Agung. Namun, hanya dikategorikan sebagai bukti tambahan atau pendukung dari bukti-bukti lain, hal ini diakui dan dinyatakan di dalam praktiknya pada beberapa

²⁷ Fajar Bima Alfian dan Rida Muniarti, "Implementasi Bukti Tidak Langsung Dalam Penyelesaian Hukum Persaingan Usaha." *Jurnal Hukum* (2023) doi: <https://doi.org/10.55869/kppu.v3i2>.

²⁸ Ibid.

²⁹ Wahyu Dwi Airlangga. Arrisman, "Analisis Kekuatan Alat Bukti Tidak Langsung Dalam Dugaan Pembuktian Kartel." *Jurnal Hukum* (2021), doi: <https://doi.org/10.35457/supremasi.v11i2.1335>.

perkara putusan mahkamah agung, yang menyatakan bukti tidak langsung belum diatur dalam hukum atau peraturan yang berlaku di Indonesia³⁰.

Terdapat beberapa penggunaan *indirect evidence* dalam putusan KPPU yang dibatalkan oleh Mahkamah Agung diantaranya yaitu Putusan KPPU No.24/KPPU-I/2009 tentang Kartel dalam Industri Minyak Goreng, Putusan KPPU No.25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan *Fuel Surcharge* dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik, dan Putusan KPPU No.17/KPPU-I/2010 tentang Dugaan Kartel Dalam Industri Farmasi. Di lain sisi, terdapat penggunaan *indirect evidence* dalam putusan KPPU yang dikuatkan oleh Mahkamah Agung yaitu Putusan KPPU No.09/KPPU-L/2008 tentang Pengadaan Give Away Haji di PT. Garuda Indonesia dan Putusan KPPU No.05/KPPU-I/2013 tentang Importasi Bawang Putih³¹.

Dengan demikian, kekuatan *indirect evidence* dalam pembuktian pelanggaran persaingan usaha masih terdapat ketidakpastian hukum.³² Hal tersebut dikarenakan terdapat perbedaan penafsiran hakim dengan majelis KPPU terkait pembuktian tidak langsung seperti pada putusan hakim yang dikuatkan dan dibatalkan diatas. *Indirect evidence* terdiri dari bukti ekonomi dan bukti komunikasi serta termasuk dalam bukti petunjuk. Akan tetapi, dalam hukum acara pidana umum, bukti petunjuk diperoleh dari alat bukti keterangan saksi, surat, hingga keterangan terdakwa³³. Dan penggunaan *indirect evidence* tidak diatur secara eksplisit dalam UU No.5/1999.

³⁰ Maria Margaretha Christi Ningrum Blegur Laumuri. "Pengaruh Penggunaan Indirect Evidence Dalam Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (Studi Kasus Putusan KPPU Nomor 04/KPPU-I/2016)", *Jurnal Kertha Patrika* Volume 40 No.3 (2021) hlm.196. Doi: <https://doi.org/10.24843/KP.2018.v40.i03.p05>.

³¹ Asep Ridwan, "Webinar 20 Tahun KPPU: Indirect Evidence Dalam Pembuktian Perkara Kartel di Indonesia." (2020). https://kppu.go.id/wp-content/uploads/2020/07/Materi-Webinar-Kartel_AsepRidwan_23Juli2020.pdf diakses pada 23 Januari 2024.

³² Sterry Fendy Andih, "Pengaturan Bukti Petunjuk Pada Hukum Acara Persaingan Usaha Dalam Kerangka Hukum Pembuktian di Indonesia." *Jurnal Magister Hukum Udayana* Volume.08 No.4 (2019), hlm.583.

³³ Ibid.

II.3. Analisis Ketepatan Penggunaan Indirect Evidence Dalam Pembuktian

Kasus Revitalisasi Pusat Kesenian Jakarta Taman Ismail Marzuki Tahap III

Pada Juli 2023, KPPU memutuskan perkara Nomor 17KPPU-L/2022 tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 terkait Pengadaan Pekerjaan Pelaksanaan Proyek Revitalisasi Pusat Kesenian Jakarta Taman Ismail Marzuki (TIM) Tahap III yang dilakukan oleh PT. Jakarta Propertindo (Perseroda) sebagai Terlapor 1, PT. Pembangunan Perumahan (Persero) Tbk sebagai Terlapor II, dan PT. Jaya Konstruksi Manggala Pratama Tbk sebagai Terlapor III.

Dalam kasus ini Terlapor I telah melakukan kegiatan pengadaan tender terkait Pekerjaan Revitalisasi TIM Tahap III yang pelaksanaannya diikuti juga oleh Terlapor II dan Terlapor III. Pengadaan lelang tender diadakan sebanyak dua kali. Pengadaan tender yang pertama dibatalkan karena adanya pembatalan tender oleh penyelenggara tender tanpa alasan yang menyebabkan dugaan persekongkolan tender. Kemudian, diadakan kembali pengadaan lelang tender baru.

Pada tahap evaluasi teknis dan harga penawaran diperoleh PT. Wijaya Karya Bangunan Gedung berada di posisi pertama. Namun, secara tiba-tiba terjadi pembatalan tender yang dibatalkan oleh Tim Pengadaan tender tersebut. Kemudian, dilakukan pengadaan tender ulang dengan Tim Pengadaan yang berbeda dan pada pengadaan tender kedua PT. Wijaya Karya Bangunan Gedung kembali menjadi peserta.

Pada pengadaan tender yang kedua, diperoleh PP-JAKON KSO sebagai pemenang tender tersebut. Tentu, hal tersebut membuat PT. Wijaya Karya Bangunan Gedung sebagai peserta dengan nilai tertinggi pada pengadaan tender pertama mengajukan keberatan bahwa pembatalan tender tersebut. Namun, keberatan tersebut dilakukan diluar mekanisme sanggah sehingga tidak sesuai dengan ketentuan RFP.

Alasan pembatalan tender tersebut dikarenakan terdapat indikasi kuat adanya persekongkolan yang dilakukan oleh Manajemen Kontruksi (MK) serta Tim Pengadaan untuk memenangkan PT. Wijaya Karya Bangunan Gedung. Hal tersebut dikarenakan pada hasil evaluasi administrasi teknis terdapat kejanggalan dalam penafsiran penilaian “interior” dan “pengalaman dilokasi kota besar”. Oleh sebab itu, dilakukan penghitungan ulang penilaian aspek interior dan pengalaman di lokasi kota besar. Berdasarkan hasil review tersebut PP JAKON KSO mendapatkan nilai tertinggi dari sebelumnya.

Sebelum pembatalan diumumkan, PP JAKON KSO mengirimkan surat kepada tim pengadaan tender. Majelis Komisi berpendapat bahwa surat tersebut memiliki keterkaitan baik secara langsung maupun tidak langsung dengan keputusan yang diambil oleh Terlapor I untuk membatalkan tender. Namun, surat yang dikirimkan tersebut berisi permohonan data rincian penilaian teknis pekerjaan proyek revitalisasi TIM Tahap III. Dengan demikian, tidak terdapat keterkaitan antara surat yang dikirimkan PP JAKON KSO dengan pembatalan tender tersebut.

Pada perkara ini, dari proses investigasi hingga sidang pemeriksaan pendahuluan telah berlangsung kurang lebih satu tahun. Dan pada saat proses perkara tersebut, PP JAKON KSO telah menyelesaikan Proyek Revitalisasi Taman Ismail Marzuki (TIM) Tahap III hingga 100%. Hal tersebut menggambarkan bahwa Terlapor I telah memenuhi tanggung jawabnya untuk melakukan perencanaan, pembangunan, serta pengelolaan Pusat Kesenian TIM dan menjadikan bangunan tersebut multifungsi dan dapat dimanfaatkan oleh masyarakat luas.

Majelis Komisi berpendapat bahwa pembatalan tender yang dilakukan oleh Terlapor I dengan alasan bahwa terdapat indikasi kuat adanya persekongkolan tidak cukup terbukti. Pergantian tim pengadaan oleh Terlapor I dengan alasan terdapat indikasi persekongkolan untuk memenangkan PT. Wijaya Karya Bangunan Gedung justru menurut Majelis Komisi mengindikasikan persekongkolan untuk memenangkan PP JAKON KSO. Namun, tidak

terdapat bukti yang menerangkan secara jelas telah terjadi persekongkolan. Oleh sebab itu, dalam kasus ini hanya mengaitkan satu kejadian dengan kejadian lainnya.

Penilaian terhadap kasus tersebut sebagian besar menggunakan bukti petunjuk. Bukti petunjuk meliputi penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*), peran bukti ekonomi dan bukti komunikasi keduanya saling berkaitan. Adanya bukti ekonomi harus didukung dengan bukti komunikasi, begitu pula sebaliknya. Jika pada pembuktian tidak didukung salah satu diantara bukti ekonomi maupun bukti komunikasi, maka pembuktian menjadi tidak valid. Menurut OECD, penggunaan *indirect evidence* sendiri biasanya digunakan pada kasus kartel maupun persekongkolan horizontal yang sangat sulit untuk menemukan bukti langsung (*direct evidence*)³⁴.

Kedudukan pembuktian tidak langsung (*indirect evidence*) tidak diatur secara substantif sebagai alat bukti yang sah dalam peraturan perundang – undangan maupun memasukannya secara tegas sebagai bagian dari bukti petunjuk. Oleh sebab itu, kekuatan pembuktian tidak langsung tersebut berdampak pada kedudukannya yang hanya sebagai bukti pendukung dan tidak dapat menjadi bukti tunggal di pengadilan.

Pembuktian tidak langsung masih banyak menuai kritik dari segi hukum di Indonesia³⁵. Pakar hukum Indonesia berpendapat bahwa pembuktian *indirect evidence* tidak dapat secara langsung digunakan di Indonesia³⁶. Terlebih jika pelaku usaha diancam dengan tindak pidana denda. Hal tersebut dikarenakan pelanggaran suatu tindak pidana harus dapat dibuktikan dengan hukum acara yang lazim.

Pembuktian tidak langsung (*indirect evidence*) memang diperlukan sebagai bukti pendukung, tetapi sejauh mana pembuktian tidak langsung tersebut tergantung pada

³⁴ OECD, “Prosecuting Cartels Without Direct Evidence” (2006), diakses pada 15 Januari 2024, <https://www.oecd.org/daf/competition/37391162.pdf> hlm.9.

³⁵ Arifa Puspita Maulidya dan Budi Santoso, Budiharjo, “Analisis Yuridis Terhadap Praktik Dugaan Persekongkolan Tender Pembangunan Jalan (Kasus Putusan Perkara Nomor 07/KPPU-I/2017).” *Jurnal Hukum, Volume 8 No.4* (2019). Doi: <https://doi.org/10.18196/mls.v3i1.13223>

³⁶ Ibid, hlm.173.

penerimaan sistem hukum di negara tersebut. Sehingga, di Indonesia sendiri masih menuai pro kontra ketika pembuktian tidak langsung dijadikan bukti tunggal di pengadilan.

Dengan demikian, penggunaan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) tidak tepat jika digunakan dalam kasus persekongkolan tender Revitalisasi Taman Ismail Marzuki (TIM) Tahap III. Hal tersebut dikarenakan, pada pembuktian hanya terdapat satu alat bukti yaitu bukti petunjuk dan seharusnya terdapat setidaknya satu alat bukti lagi untuk dapat memutus perkara tersebut berdasarkan Pasal 64 Ayat (5) Peraturan KPPU No.2/2023 yaitu putusan paling sedikit didukung dua alat bukti dan keyakinan majelis komisi. Substansi dari penggunaan *indirect evidence* yang digunakan pada perkara ini hanya mengkaitkan satu kejadian dengan kejadian lainnya yang mana hal tersebut termasuk dalam bukti petunjuk.

Dalam perkara tersebut, terdapat keterangan saksi fakta yang merupakan salah satu tim pengadaan pada pengadaan tender pertama dan kemudian tim pengadaan tersebut diganti pada pengadaan tender kedua. Selain itu, juga terdapat notulensi rapat yang diadakan setelah pembatalan tender. Namun, kedua bukti tersebut tentu tidak dapat dikatakan sebagai bukti langsung (*direct evidence*) dikarenakan keterangan saksi tidak memuat secara langsung bahwa telah terjadi persekongkolan antara tim pengadaan tender tersebut dengan Terlapor III, begitu pula dengan notulensi rapat tersebut tidak terdapat pembahasan untuk memenangkan tender Terlapor III. Sehingga, bukti – bukti tersebut termasuk bukti petunjuk.

Dengan demikian, Komisi tidak menggunakan mekanisme *indirect evidence* secara tepat dalam memutuskan perkara tersebut. Hal tersebut dikarenakan Komisi tidak melengkapi bukti komunikasi dengan alat bukti lain. Majelis Komisi hanya menggunakan bukti komunikasi tanpa didukung bukti ekonomi. Sehingga, pembuktian tersebut tidak memenuhi syarat untuk dianggap sebagai *indirect evidence* tetapi sebagai bukti petunjuk.