

# PERLUASAN TAFSIR PASAL 22 UU NOMOR 5 TAHUN 1999

Kajian Putusan Nomor 34/PDT.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST

Erman Rajagukguk, Fakultas Hukum Universitas Indonesia,

Kampus Baru UI, Depok 16424

Email: ermanrajagukguk@yahoo.com

## AN EXTENSIVE INTERPRETATION ON ARTICLE 22 OF THE LAW NUMBER 5 YEAR 1999

An Analysis of Decision Number 34/PDT.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST

Erman Rajagukguk, Faculty of law of the University of Indonesia

Jl. K.H Ahmad Dahlan, Cirendeu-Jakarta Selatan

Email: himynameisnou@rocketmail.com

### ABSTRAK

Karangan ini membahas komentar atas putusan hakim dalam perkara “P” dkk v. KPPU No. 34/Pdt.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST. Perkara ini bermula dari Putusan KPPU terhadap PT “P” (Persero) dan tiga perusahaan lainnya yang mempersalahkan mereka melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999. KPPU memutuskan bahwa keempat perusahaan tersebut telah melakukan persekongkolan dan diskriminasi dalam pemilihan partner strategis. KPPU berpendapat, bahwa pemilihan partner itu yang dilakukan melalui “*beauty contest*” sama dengan pengadaan barang dan jasa. KPPU menghukum PT “P” dan tiga perusahaan lainnya membayar denda. Namun proyek tersebut tetap dapat diteruskan. Kesemua terhukum tidak setuju dengan Putusan KPPU tersebut dan mengajukan banding ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, sebagaimana diperkenankan oleh Pasal 44 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999. Pada tingkat banding, PN Jakarta Pusat memperkuat putusan KPPU. Karangan ini membahas putusan PN Jakarta Pusat dimana penulisnya tidak sependapat dengan putusan KPPU dan PN Jakarta Pusat.

Kata kunci: pengadaan barang dan jasa, pemilihan mitra strategis, persekongkolan dan diskriminasi, bukti tidak langsung.

### ABSTRACT

*This article is aimed to share some comments on a court decision over the case of PT “P” c.s. v. KPPU. The KPPU has delivered a decision against PT “P” and three other companies blaming them to commit an unlawful practice as stated in Article 22 of Law No. 5 Year 1999. KPPU decides that the four companies have performed conspiracy and discrimination in selecting strategic partner. KPPU is of the opinion that the way of partner selection being conducted through “*beauty contest*” is the same way with that of procurement of goods and services. KPPU ordered the four companies to pay a fine and the decision was supported later on by the Jakarta Central District Court. The author of this article has different opinions with the decisions.*

*Keywords: procurement, selection of strategic partners, conspiracy and discrimination, indirect evidence.*

## I. PENDAHULUAN

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam tingkat banding telah memperkuat putusan KPPU yang menyatakan PT P dkk telah melanggar Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Pasal 22 tersebut menyatakan, bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) menyatakan, terlapor I PT "P" (Persero), terlapor II PT "M", terlapor III PT M&P T dan terlapor IV MC terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.

Pertimbangan hukumnya sebagaimana dalam Putusan KPPU No. 35/KPPU-I/2010, antara lain, pertama, *beauty contest* yang diadakan PT "P" dan PT "M" memiliki tujuan menciptakan "persaingan untuk pasar" dan dengan demikian merupakan suatu bentuk "tender" dalam arti yang dimaksudkan dalam Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 sebagaimana dalam Putusan KPPU No. 35/KPPU-I/2010: 215. Kedua, *beauty contest* dilakukan dengan cara diskriminatif karena tidak semua peserta *beauty contest* diberikan kesempatan yang halnya dengan pemohon yang dapat memberikan presentasi kepada PT "P" dan PT "M" pada tanggal 7, 23, dan 24 Februari, 16 Maret dan 4 September 2006 dan membahas hal-hal terkait dengan proyek Donggi Senoro sebelum dan selama *beauty contest* berlangsung. Ketiga, terdapat indikator-indikator atau bentuk persekongkolan sesuai dengan pedoman Pasal 22, antara pemohon, PT "P", PT "M" karena adanya kesempatan eksklusif dan penciptaan persaingan semu demi keuntungan pemohon Keempat,

beberapa faktor tertentu menunjukkan bahwa *beauty contest* dilaksanakan untuk memenangkan pemohon, yaitu fakta bahwa *Term of Reference* yang digunakan dalam *beauty contest* dibuat mengambang, bahwa terdapat perbedaan sistem penilaian yang digunakan oleh PT "P" dan PT "M", dan bahwa permintaan atas proposal yang mengikat (*binding proposal*) dibuat setelah pemberian pertanyaan tambahan kepada Mitsui dan pemohon (Putusan KPPU No. 35/KPPU-I/2010: 222-223).

Kelima, tindakan diskriminatif yang mengarah pada dinyatakannya pemohon sebagai pemenang dalam *beauty contest* merupakan tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha sehingga menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Keenam, permintaan pemohon atas informasi tentang data hulu dan hilir kepada PT "P" dan PT "M" menyebabkan PT "M" memfasilitasi peninjauan oleh pemohon atas informasi yang terkait dengan pekerjaan awal LNGI. Ketujuh, pemohon menggunakan informasi hasil *due diligence* dalam mempersiapkan proposalnya di mana informasi tersebut masuk dalam definisi rahasia dagang dengan merujuk pada definisi yang ditemukan dalam UU No. 30/2000. Kedelapan, terdapat indikator-indikator atau bentuk-bentuk persekongkolan antara PT "M" dan pemohon karena PT "M" memfasilitasi Mitsubishi dalam meninjau data milik LNGI dan data tersebut digunakan oleh pemohon untuk tujuan bisnisnya sendiri dan demi kepentingannya sendiri. Kesembilan, pemohon membuat proposalnya berdasarkan hasil *due diligence* tersebut, di mana merupakan tindakan yang tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha sehingga menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

KPPU menghukum terlapor I PT "P" untuk membayar denda sebesar Rp. 10.000.000.000,- (sepuluh milyar rupiah), menghukum terlapor II PT "M" membayar denda sebesar Rp. 5.000.000.000,- (lima milyar rupiah), menghukum terlapor III PT MPT Sulawesi membayar denda sebesar Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah), dan menghukum terlapor IV MC membayar denda sebesar Rp 15.000.000.000,- (lima belas milyar rupiah). Dalam Tingkat Banding Pengadilan Negeri Jakarta Pusat memperkuat putusan KPPU No. 35/KPPU-I/2010.

Pada tingkat banding, pemohon PT P menyatakan tidak terbukti Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dalam pemilihan mitra yang dilakukan dalam proyek Donggi Senoro. Alasannya antara lain, termohon dalam hal ini KPPU telah keliru dalam memberikan pertimbangan hukum yang menganggap proses pemilihan mitra yang dilaksanakan oleh pemohon sebagai proses tender dalam lingkup pengertian Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Pasal 22 tersebut jelas-jelas mengatur mengenai tender untuk pengadaan barang dan jasa, dan sangat tidak relevan untuk diterapkan pada proses pemilihan mitra.

Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Bahwa dalam proses pemilihan mitra proyek Donggi Senoro, calon mitra tidak mengajukan penawaran harga. Tujuan pemilihan mitra bukan dimaksudkan untuk memilih kontraktor atau pembeli barang (Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 34/PDT.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST.: 61).

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam pertimbangan hukumnya menyatakan, antara

lain, bahwa pertimbangan hukum yang dibuat termohon keberatan, KPPU tersebut telah tepat dan benar. Pengadilan mengambil seluruh pertimbangan itu untuk menguatkan putusan KPPU (Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 34/PDT.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST.: 275). Para pemohon tidak puas dengan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tersebut dan mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung RI. Hal ini dimungkinkan oleh Pasal 45 ayat (3) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

## II. RUMUSAN MASALAH

Paling sedikit ada tiga hal yang menjadi pokok analisis sehubungan dengan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 34/Pdt.G/KPPU/2011/PN.JKT.PST.:

- a. Apakah pemilihan partner usaha adalah sama dengan pengadaan barang dan jasa seperti yang dimaksud Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999?
- b. Apakah KPPU berwenang untuk memperluas pengertian Pasal 22 tersebut?
- c. Apakah pembuktian Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 boleh menerapkan pembuktian tidak langsung (*indirect evidence*)?

## III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISIS

### 1. Studi Pustaka

Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Dan

Persaingan Usaha Tidak sehat menyatakan: “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Ketentuan ini adalah mencakup konspirasi tender, yaitu suatu hambatan persaingan yang sering kali dianggap sangat serius. Jika hasil pengumuman tender menguntungkan salah satu peserta yang mengambil bagian, maka tender tersebut secara tersirat mengandung pembatasan persaingan harga. Tender kolusif terjadi bila para pesaing sepakat untuk mempengaruhi hasil tender demi kepentingan salah satu pihak dengan tidak mengajukan penawaran atau mengajukan penawaran pura-pura saja (Hansen. Et.al., 2002: 312-313). Maksud diadakannya tender untuk mendapatkan barang yang murah dan baik tidak terpenuhi. Persekongkolan ini adalah persekongkolan horisontal antara para pelaku usaha.

Tender adalah memborongkan pekerjaan/ menyuruh pihak lain untuk mengerjakan atau memborong pekerjaan-pekerjaan seluruhnya atau sebagian pekerjaan atau kontrak yang dibuat oleh kedua belah pihak sebelum pemborongan itu dikerjakan. Kegiatan tender melebar kepada kegiatan pengadaan barang dan jasa (Lubis. Et.al., 2009: 148-150).

Tender adalah sama dengan lelang. Manipulasi lelang adalah kesepakatan antara para pihak agar pesaing memenangkan suatu lelang. Kesepakatan ini dapat dicapai oleh satu atau lebih peserta lelang yang sepakat menahan diri untuk tidak mengajukan penawaran, atau oleh para peserta lelang yang menyepakati satu peserta dengan harga lebih rendah dan kemudian menawarkannya di atas harga perusahaan yang

direncanakan. Manipulasi lelang menghancurkan proses kompetitif ini. Mekanisme manipulasi lelang dapat berupa tekanan penawaran, penawaran pelengkap, dan rotasi penawaran (Anderson. Et.al., : 28).

Persekongkolan dalam pengadaan barang dan jasa, ataupun dalam mekanisme tender dapat terjadi melalui kesepakatan-kesepakatan baik tertulis maupun tidak tertulis. Kolusi dalam tender dapat terjadi melalui kesepakatan antara para pelaku usaha, antara pemilik pekerjaan maupun antar kedua pihak tersebut. Sebenarnya persekongkolan dalam pengadaan barang dan jasa tidaklah terjadi hanya pada saat penetapan pemenang tender semata. Sebagai contoh, terjadinya kolusi antara penyedia dana atau pembuat anggaran dengan produsen atau supplier barang dan jasa (Pardede, 2010: 162-163).

Pada permulaan abad ke-21, banyak pemerintahan di Eropa mengalokasikan hak untuk memakai frekuensi telepon mobil kepada pihak swasta. Mekanisme alokasi yang diterapkan berbeda dari negara ke negara. Suatu negara memilih untuk menggunakan satu atau lain bentuk dari lelang untuk mengalokasikan hak, sementara negara lainnya menggunakan *beauty contest*, di mana pelaku usaha dipilih berdasarkan proposal yang diajukannya.

Ini adalah salah satu metode dalam memilih penyedia jasa yang berhak atas frekuensi telepon mobil. Pengalihan hak ini meluas kepada operasi angkutan umum seperti bus dan kereta api, pompa bensin, dan lain sebagainya (Janssen, Edt., 2004 : xii). Dari studi kepustakaan di atas, *beauty contest* dipraktikkan dalam penyediaan jasa.

## 2. Pembahasan dan Analisis

Istilah *beauty contest* tidak terdapat dalam

Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Istilah ini berasal dari kepustakaan Hukum Persaingan di luar negeri (Dykstra dan Windt, 2004: 85). *Beauty Contest* tidak sama dengan pemilihan mitra untuk mendapatkan calon partner guna mengembangkan suatu proyek. Pemilihan mitra tidak sama dengan tender pengadaan barang/jasa.

Pemilihan mitra adalah pemilihan calon partner untuk mengembangkan suatu proyek, bukan mengenai pelaksanaan pengadaan barang/jasa. Dalam konteks ini PT "P" dan PT "M" mencari partner usaha yang akan menanamkan investasi, mempunyai kemampuan teknologi, mempunyai akses terhadap pasar internasional (dalam konteks penjualan gas), dan calon partner akan menanggung risiko kerugian usaha. PT "P" dan PT "M" tidak mencari supplier atau pemasok barang dan jasa.

### **Ruang Lingkup Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999**

Pemilihan mitra tersebut tidak masuk dalam ruang lingkup Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 karena pemilihan mitra adalah pemilihan calon partner untuk membangun suatu usaha, bukan mengenai pengadaan barang/jasa. Pemilihan partner sebagai mitra strategis dalam membangun suatu usaha didasarkan kepada kemampuan permodalan, keahlian, dan pengalaman calon partner tersebut untuk mengadakan investasi, bukan mengenai pengadaan barang/jasa.

Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 menyatakan pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Penjelasan pasal ini berbunyi, tender adalah

tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Pasal 22 tersebut berkenaan dengan persekongkolan tender yaitu suatu bentuk kerjasama antara para pelaku usaha dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan. Dengan demikian Pasal 22 memiliki unsur:

- a. pelaku usaha;
- b. persekongkolan;
- c. pihak lain;
- d. barang/jasa;
- e. pasar bersangkutan.

#### **Ad. a. Pelaku Usaha.**

Yang dimaksud pelaku usaha di sini adalah pelaku usaha yang mengikuti tender bukan pelaku usaha penyelenggara tender. Pelaku usaha penyelenggara tender tidak berkepentingan untuk bekerjasama dengan pelaku usaha peserta tender, karena pelaku usaha penyelenggara tender menyelenggarakan untuk mendapatkan hasil yang efisien, yaitu harga yang semurah-murahnya dan barang/jasa yang sebaik-baiknya.

#### **Ad. b. Persekongkolan.**

Menurut Pasal 1 butir 8 persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol. Dalam hal ini menurut penulis persekongkolan itu dilakukan antara para pelaku usaha dalam tingkat horisontal, untuk menghilangkan persaingan di antara mereka, bukan persekongkolan vertikal karena antara pelaku usaha penyelenggara tender dan pelaku usaha peserta tender tidak ada persaingan.

Pasal 22 berasumsi bahwa persekongkolan terjadi di antara para pelaku usaha. Pihak-pihak tersebut harus menyepakati suatu persekongkolan untuk mempengaruhi hasil tender demi kepentingan salah satu pihak dengan tidak mengajukan penawaran atau mengajukan penawaran pura-pura saja. Misalnya dengan penawaran harga tinggi dan satu-satunya yang terkoordinasi dengan pengharapan pihak yang tidak menang tender yang bersangkutan akan mendapat giliran menang pada tender yang akan datang berdasarkan kegiatan kolusif.

Tender kolusif biasanya bermaksud untuk meniadakan persaingan harga dan menaikkan harga. Persekongkolan ini bertujuan untuk menaikkan harga tender. Dalam pemilihan mitra, kegiatan pemilihan partner adalah menilai kemampuan calon partner, umpamanya dalam permodalan maupun pengalaman. Hal ini berlainan dengan pengadaan barang/jasa.

#### Ad. c. Pihak lain.

Menurut penulis adalah pelaku usaha lain dalam tingkat horisontal untuk menghindari persaingan di antara mereka, bukan dalam tingkat vertikal.

#### Ad. d. Barang/Jasa.

Ketentuan umum Pasal 1 butir 16 dan butir 17 telah menerangkan secara jelas sekali apa yang dimaksud dengan barang/jasa. Pasal 1 butir 16 menyatakan barang adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha. Sementara Pasal 1 butir 17 menyatakan jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan

atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha. Pemilihan partner strategis yang ikut berinvestasi tidak termasuk dalam klasifikasi barang dan atau jasa.

#### Ad. e. Pasar bersangkutan.

Persekongkolan dalam tender diperlukan untuk menentukan pasar bersangkutan, karena tujuan persekongkolan tersebut adalah untuk menguasai pasar. Tidak ditentukannya pasar bersangkutan menyebabkan tidak terpenuhinya semua unsur dari Pasal 22.

Pasar bersangkutan adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut sebagaimana dalam Pasal 1 butir 10 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Persekongkolan harus ditujukan untuk menghambat persaingan berdasarkan suatu pertukaran informasi antar para peserta tender.

Dalam hal ini harus ada pertukaran informasi yang relevan bagi persaingan, informasi tersebut harus berhubungan dengan strategi persaingan rahasia yang dimiliki para pesaing. Hal tersebut tidak akan terjadi di dalam pelaku usaha untuk memilih mitra, seperti dalam kasus ini. Pelaku usaha yang memilih mitra adalah berdasarkan kemampuan calon mitra, yaitu kemampuan permodalan karena mitra ikut jadi pemegang saham dan kemampuan berdasarkan pengalaman.

Dalam hal pemilihan mitra ini, tidak ada persekongkolan pertukaran informasi dari para pelaku usaha yang membuat pelaku usaha bersikap pura-pura sehingga ia terpilih. Tender adalah bertujuan untuk mencari penawar dengan

harga terendah atau *best value* (kombinasi harga dan kualitas). Sedangkan Pemilihan Mitra adalah bertujuan untuk mencari mitra yang akan menanggung risiko bisnis bersama-sama (*sharing risk*). Dalam proses pemilihan mitra harus dilakukan diskusi dengan pihak yang berminat untuk berinvestasi. Diskusi tersebut adalah tentang maksud dan tujuan investasi serta untuk mendapat informasi dari peminat investasi.

Sebagai kesimpulan Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tidak dapat diterapkan kepada pelaku usaha yang memilih mitra untuk pengembangan suatu proyek. Pemilihan mitra bukan merupakan pengadaan barang/jasa, tetapi mitra untuk menyertakan modal sebagai pemegang saham dan mempunyai pengalaman serta kemampuan.

Pemilihan mitra yang dilakukan oleh PT "P" bersama-sama PT "M" untuk monetisasi lapangan gas Area M dan Blok S melalui bisnis LNG dengan skema hilir bukanlah merupakan pengadaan barang/jasa sebagaimana dimaksud pada SK Direksi No. Kpts-036/C00000/2004-SO tanggal 24 Agustus 2004 tentang Manajemen Pengadaan Barang/Jasa.

Pada waktu Undang-Undang ini diajukan oleh DPR untuk menjadi Undang-Undang, saya ingat benar sebagai Wakil Ketua Tim Pemerintah dalam pembahasan Undang-Undang ini di DPR, pada waktu itu tidak terpikirkan penerapan Pasal 22 ini kepada hal-hal di luar pengadaan barang dan jasa, apalagi sampai kepada pemilihan partner usaha. Menjadi pertanyaan sekarang, apakah KPPU boleh memperluas pengertian barang dan jasa tersebut sampai kepada pemilihan partner usaha?

Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun

1999 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender tidak bisa memperluas penafsiran Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999

Peraturan KPPU bukanlah sumber hukum dalam hierarki peraturan perundang-undangan Republik Indonesia sebagaimana dinyatakan dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang sebagaimana diganti dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 telah memperluas penafsiran persekongkolan tender dari persekongkolan horizontal, memasukan juga persekongkolan vertikal.

Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 sudah sangat jelas menyatakan bahwa tender adalah mengenai barang dan jasa. Memberikan jasa yaitu mengerjakan sesuatu dengan mendapat upah. Pemilihan partner yang dilakukan oleh PT "P" adalah suatu kegiatan investasi yang mengandung unsur untung dan rugi suatu perusahaan yang nantinya berbentuk *joint venture*.

Perluasan pengertian tersebut dikatakan berdasarkan pendapat Maarten C.W. Janssen dalam kata pengantar bukunya. Maarten C.W. Janssen sebagai editor dalam buku *Auctioning Public Asset: Analysis and Alternatives*, sebenarnya menguraikan pemilihan penyedia barang atau jasa dengan cara antara lelang (*auction*) dan *beauty contest*, bukan mengenai pemilihan partner usaha.

*In the beginning of the 21<sup>st</sup> century, many European governments have allocated the right to use third generation mobile telephony (UMTS-) frequencies to private telecom parties. The allocation mechanism*

*that was adopted differed widely between countries. Some countries chose to use one or another form of auction for allocating the rights, whereas others chose a Beauty Contest in which market players were selected on the basis of the proposals they had submitted how to use the frequencies* (Janssen (Ed), 2004: xii).

*... Auctions and their alternatives are ways to select the private parties that get a license to operate the market. The efficiency of the market, one of the most important goals from an economic point of view, depends to a large extent on the way the market is designed (how is the license defined and how many licenses are allocated)* (Janssen, 2004: 9).

Jelas sekali uraian dalam buku tersebut tetap mengenai pengadaan barang dan jasa, dan bukan mengenai pemilihan partner untuk suatu usaha seperti yang dilakukan oleh PT "P" dan PT "M".

KPPU tidak berwenang untuk memperluas ruang lingkup suatu undang-undang. Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 telah memperluas penafsiran pengadaan barang dan jasa kepada pemilihan partner untuk melaksanakan suatu usaha. Selain itu KPPU telah memperluas pengertian persekongkolan tender dari persekongkolan horizontal, memasukan juga persekongkolan vertikal.

KPPU tidak dapat memperluas penafsiran suatu undang-undang, apalagi dengan mengutip pendapat ahli luar negeri. Pendapat ahli luar negeri tidak dapat dipakai untuk menafsirkan undang-undang Indonesia berdasarkan azas kedaulatan (*sovereignty*). Yang bisa merubah isi penafsiran undang-undang tersebut adalah

pembuat undang-undang sendiri yaitu DPR RI bersama Pemerintah. Di samping itu, hakim pengadilan dapat menafsirkan suatu undang-undang, tetapi Komisi Pengawas Persaingan Usaha bukan hakim sebagai lembaga yudikatif yang boleh menafsirkan suatu undang-undang.

Pembuktian Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999. Pasal 48 ayat (2) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa pelanggaran Pasal 22 diancam dengan pidana denda serendah-rendahnya Rp. 5.000.000.000,- (lima miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp. 25.000.000.000,- (dua puluh lima miliar rupiah), atau pidana kurungan pengganti denda selamalamanya 5 (lima) bulan. Berdasarkan ketentuan tersebut pembuktian bahwa pelaku usaha melanggar pasal ini harus dilakukan dengan menggunakan pembuktian pidana sebagaimana dimaksud Pasal 42 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.

Dalam hal ini KPPU menggunakan alat bukti lain, yaitu dugaan, penafsiran, asumsi yang menurut saya adalah alat bukti tidak langsung (*indirect evidence*). Hal ini tidak boleh dilakukan untuk membuktikan kesalahan pelaku usaha sebagaimana diuraikan berikut ini.

Pelanggaran terhadap Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 diancam dengan hukuman pidana sebagaimana disebut dalam Pasal 48 ayat (2). Pembuktian tentang adanya pelanggaran pasal tersebut haruslah memakai alat-alat bukti sebagaimana dimaksud oleh Pasal 42, yaitu:

- a. keterangan saksi,
- b. keterangan ahli,
- c. surat dan atau dokumen,
- d. petunjuk,

- e. keterangan pelaku usaha.

Pemakaian alat bukti lainnya seperti alat bukti tidak langsung (*indirect evidence*) yang terdiri dari antara lain (OECD, 2007: 2):

1. Penafsiran atau interpretasi, dugaan dan asumsi.
2. Logika.

tidak dikenal dalam hukum pembuktian persaingan usaha di Indonesia.

Alat-alat bukti tersebut dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 sama dengan alat-alat bukti yang terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana Pasal 184, dengan mengganti Keterangan Terdakwa menjadi Keterangan Pelaku Usaha, dan dalam Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2006 diubah menjadi Keterangan Terlapor.

Dengan demikian pelanggaran pidana dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 menganut prinsip yang sama dengan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP). Azas minimum pembuktian merupakan prinsip yang mengatur batas yang harus dipenuhi untuk membuktikan kesalahan pelaku usaha atau dengan kata lain, azas pembuktian ialah suatu prinsip yang harus dipedomani dalam menilai cukup atau tidaknya alat bukti membuktikan salah atau tidaknya pelaku usaha.

Untuk menjelaskan masalah ini, titik tolak berpijak berdasarkan prinsip Pasal 183 KUHP, yaitu tidak boleh menjatuhkan pidana kepada pelaku usaha/terlapor kecuali dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah, harus diperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa pelaku usahalah yang melakukannya.

Pasal 64 ayat (2) Peraturan Komisi

Pengawas Persaingan Usaha No. 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan di KPPU telah menyatakan juga bahwa Majelis Komisi menentukan sah atau tidak sahnya suatu alat bukti dan menentukan nilai pembuktian berdasarkan kesesuaian sekurang-kurangnya 2 (dua) alat bukti yang sah. Sedangkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 telah menyebutkan secara rinci atau limitatif alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang yaitu:

- a. keterangan saksi,
- b. keterangan ahli,
- c. surat dan atau dokumen,
- d. petunjuk,
- e. keterangan pelaku usaha.

Di luar ini, tidak dapat dipergunakan sebagai alat bukti yang sah. Dengan demikian di luar alat bukti itu tidak dibenarkan dipergunakan untuk membuktikan kesalahan pelaku usaha/terlapor.

Pelanggaran terhadap Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 mempunyai sanksi pidana, maka semestinya pembuktian pelanggaran tersebut mengikuti prinsip Hukum Acara Pidana yang lazim, seperti yang disebutkan oleh Pasal 184 sampai dengan Pasal 189 Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana sebagai berikut ini:

#### **Ad.a. Keterangan saksi**

Ditinjau dari segi nilai dan kekuatan pembuktian keterangan saksi, perlu diperhatikan beberapa pokok ketentuan yang harus dipenuhi oleh seorang saksi. Artinya, agar keterangan seorang saksi dapat dianggap sah sebagai alat bukti yang memiliki nilai kekuatan pembuktian, harus dipenuhi aturan ketentuan sebagai berikut:

1. Harus mengucapkan sumpah atau janji.
2. Keterangan saksi yang bernilai sebagai bukti adalah apa yang ia dengar sendiri, ia lihat sendiri dan ia alami sendiri dengan menyebut alasan dan pengetahuannya itu.
3. Keterangan saksi harus diberikan di sidang KPPU.
4. Keterangan seorang saksi saja dianggap tidak cukup untuk membuktikan bahwa terlapor bersalah terhadap perbuatan yang didakwakan kepadanya.
5. Keterangan beberapa saksi yang berdiri sendiri-sendiri tentang suatu kejadian atau keadaan dapat digunakan sebagai suatu alat bukti yang sah apabila keterangan saksi itu ada hubungannya satu dengan yang lain sedemikian rupa, sehingga dapat membenarkan adanya suatu kejadian atau keadaan tertentu.

Baik pendapat maupun rekaan, yang diperoleh dari hasil pemikiran saja, bukan merupakan keterangan saksi. Dalam menilai kebenaran keterangan seorang saksi, KPPU harus dengan sungguh-sungguh memperhatikan:

- a. persesuaian antara keterangan saksi satu dengan yang lain;
- b. persesuaian antara keterangan saksi dengan alat bukti lain;
- c. alasan yang mungkin dipergunakan oleh saksi untuk memberi keterangan tertentu;
- d. cara hidup dan kesusilaan saksi serta segala sesuatu yang pada umumnya dapat mempengaruhi dapat tidaknya

keterangan itu dipercaya.

Keterangan dari saksi yang tidak disumpah meskipun sesuai satu dengan yang lain tidak merupakan alat bukti namun apabila keterangan itu sesuai dengan keterangan dari saksi yang disumpah dapat dipergunakan sebagai tambahan alat bukti sah yang lain.

#### **Ad.b. Keterangan ahli**

Keterangan ahli adalah keterangan yang diberikan oleh seorang yang memiliki keahlian khusus tentang hal yang diperlukan untuk membuat terang suatu perkara guna kepentingan pemeriksaan.

#### **Ad.c. Surat**

Surat sebagaimana tersebut dibuat atas sumpah jabatan atau dikuatkan dengan sumpah, adalah:

- a. berita acara dan surat lain dalam bentuk resmi yang dibuat oleh pejabat umum yang berwenang atau yang dibuat dihadapannya, yang memuat keterangan tentang kejadian atau keadaan yang didengar, dilihat atau yang dialaminya sendiri, disertai dengan alasan yang jelas dan tegas tentang keterangannya itu;
- b. surat yang dibuat menurut ketentuan peraturan perundang-undangan atau surat yang dibuat oleh pejabat mengenal hal yang termasuk dalam tata laksana yang menjadi tanggung jawabnya dan yang diperuntukkan bagi pembuktian sesuatu hal atau sesuatu keadaan;
- c. surat keterangan dari seorang ahli yang memuat pendapat berdasarkan

keahliannya mengenai sesuatu hal atau sesuatu keadaan yang diminta secara resmi dan padanya;

- d. surat lain yang hanya dapat berlaku jika ada hubungannya dengan isi dari alat pembuktian yang lain.

#### **Ad. d. Petunjuk**

Pasal 188 ayat (1) Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana menyebutkan petunjuk adalah perbuatan, kejadian atau keadaan, yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan yang lain, maupun dengan tindak pidana itu sendiri, menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya. Petunjuk sebagaimana dimaksud di atas menurut prinsip Pasal 188 ayat (2) hanya dapat diperoleh dari:

- a. keterangan saksi;
- b. surat;
- c. keterangan pelaku usaha.

Penilaian atas kekuatan pembuktian dari suatu petunjuk dalam setiap keadaan tertentu seharusnya dilakukan dengan arif lagi bijaksana, setelah mengadakan pemeriksaan dengan penuh kecermatan dan keseksamaan.

Alat bukti petunjuk pada umumnya, baru diperlukan apabila alat bukti yang lain belum mencukupi batas minimum pembuktian yang ditentukan undang-undang. Alat bukti petunjuk baru bisa dipergunakan jika telah ada alat bukti yang lain. Petunjuk sebagai alat bukti, bukan alat bukti yang memiliki bentuk "substansi tersendiri". Dia tidak mempunyai "wadah" sendiri jika dibandingkan dengan alat bukti yang lain.

Petunjuk sebagai alat bukti adalah "asessor" (tergantung) pada alat bukti keterangan

saksi, surat dan keterangan pelaku usaha/terlapor sebagai sumber yang dapat melahirkannya, dan hanya boleh diambil dan diperoleh dari ketiga alat bukti yang lain tersebut.

Kalau alat bukti yang menjadi sumbernya tidak ada diperiksa dalam persidangan KPPU, dengan sendirinya tidak akan pernah ada alat bukti petunjuk. Sebaliknya alat bukti yang lain bisa saja ada tanpa kehadiran alat bukti petunjuk di sidang KPPU. Tanpa alat bukti petunjuk, sidang KPPU mungkin saja mencapai nilai pembuktian yang cukup dari alat bukti yang lain. Akan tetapi, alat bukti petunjuk tidak akan pernah mampu mencukupi nilai pembuktian tanpa adanya alat bukti yang lain.

#### **Ad.e. Keterangan pelaku usaha/terlapor**

Pasal 189 Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana menyebutkan:

1. Keterangan terdakwa ialah apa yang terdakwa nyatakan di sidang tentang perbuatan yang ia lakukan atau yang ia ketahui sendiri atau alami sendiri.
2. Keterangan terdakwa yang diberikan di luar sidang dapat digunakan untuk membantu menemukan bukti di sidang, asalkan keterangan itu didukung oleh suatu alat bukti yang sah sepanjang mengenai hal yang didakwakan kepadanya.
3. Keterangan terdakwa hanya dapat digunakan terhadap dirinya sendiri.
4. Keterangan terdakwa saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa ia bersalah melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya, melainkan harus disertai dengan alat bukti yang lain.

Kata-kata terdakwa dalam pasal ini diganti dengan kata-kata pelaku usaha dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 kemudian diganti lagi dengan kata “terlapor” dalam Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2006, sehingga prinsip dalam Pasal 189 KUHAP dapat diterapkan untuk pembuktian keterangan pelaku usaha/terlapor.

*Pembuktian tidak langsung* tidak sama dengan alat bukti menurut Pasal 42 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, karena *pembuktian tidak langsung* menggunakan prinsip lain. Misalnya:

1. Penafsiran atau interpretasi, suatu yang terlarang dalam pembuktian pidana menurut prinsip Hukum Acara Pidana. Pendapat atau rekaan yang diperoleh bukan merupakan bukti.
2. Logika, tidak membuktikan apa yang dilihat, didengar, atau dialami sendiri.

Sebagai kesimpulan, *pembuktian tidak langsung* tidak sama dengan alat bukti dalam Pasal 42 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dan tidak dikenal dalam peraturan perundang-undang di Indonesia. *Pembuktian tidak langsung (indirect evidence)* tidak sama dengan alat bukti Petunjuk. Petunjuk harus diperoleh dari keterangan saksi, surat maupun keterangan pelaku usaha/terlapor; sedangkan *pembuktian tidak langsung* bisa berdasarkan dugaan, penafsiran atau interpretasi dan logika. Ketiganya itu dilarang dalam pembuktian tindak pidana di Indonesia.

Prinsip pembuktian yang diterapkan dalam putusan-putusan kasus-kasus luar negeri baru bisa dipergunakan di Indonesia, bila prinsip-prinsip tersebut sudah dianut oleh Undang-Undang

Nasional Indonesia.

#### IV. SIMPULAN

Sebagai kesimpulan dari uraian di atas adalah sebagai berikut:

1. *Beauty contest* bukan istilah Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tetapi istilah sarjana luar negeri. Hukum asing tidak dapat dipakai untuk menafsirkan undang-undang Indonesia berdasarkan azas kedaulatan (*sovereignty*), kecuali telah ditetapkan sebagai undang-undang Indonesia oleh pembentuk undang-undang. Oleh karena itu *beauty contest* tidak sama dengan tender. Begitu pula tender tidak sama dengan pemilihan mitra. Sementara ruang lingkup Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 adalah mengenai penawaran barang dan jasa, dan persekongkolan tender adalah persekongkolan antara para pelaku usaha para peserta tender (horisontal), bukan persekongkolan antara peserta tender dan penyelenggara tender (vertikal). Pemilihan mitra tidak masuk ruang lingkup Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.
2. KPPU tidak dapat memperluas ruang lingkup suatu Undang-Undang. Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Persekongkolan dalam Tender, telah memperluas penafsiran Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 yang bukan wewenang KPPU. Yang

boleh merubah penafsiran undang-undang adalah pembentuk undang-undang dan hakim. KPPU bukan hakim sebagai organ yudikatif.

3. Pembuktian Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 harus mengikuti pembuktian pidana sebagaimana yang dimaksud Pasal 42 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, bukan berdasarkan dugaan, penafsiran, dan asumsi.

#### DAFTAR PUSTAKA

Anderson, Robert. Et.al., *Kerangka Rancangan dan Pelaksanaan Undang-Undang Kebijakan Persaingan*. Terjemahan Pahala Tamba. Washington D.C.: Bank Dunia-OECD Paris.

Hansen, Knud. Et.al. 2002. *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*. Jakarta: Katalis Publishing-Media Services.

Janssen, Maarten C.W. Edt. 2004. *Auctioning Public Assets, Analysis and Alternatives*. New York: Cambridge University Press.

Lubis, Andi Fahmi. Et.al. 2009. *Hukum Persaingan Usaha, Antara Teks & Konteks*. Jakarta: GTZ.

OECD. 2007. "Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement".

Pardede, Soy Martua. 2010. *Persaingan Sehat & Akselerasi Pembangunan Ekonomi*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.

#### Sumber lain:

Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender.

Putusan KPPU No. 35/KPPU-I/2010.

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 34/Pdt.G/KPPU/2011/ PN.JKT.PST.

Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana.