

BAB II

TINJAUAN YURIDIS KONTRAK DAN SENGKETA KONSTRUKSI

2.1. KONTRAK KONSTRUKSI

2.1.1. Hukum Perjanjian sebagai latar belakang Kontrak Konstruksi

Hal yang paling mendasar dan terpenting dalam merumuskan tujuan para pihak dalam suatu proyek konstruksi ialah dengan dibuatnya perjanjian. Para pihak yang telah sepakat untuk mengerjakan suatu proyek biasanya akan membuat suatu perjanjian atau biasa disebut dengan kontrak konstruksi. Sebelum membahas lebih lanjut mengenai kontrak konstruksi. Penulis akan membahas terlebih dahulu mengenai “Kontrak” itu sendiri.

Prof. Subekti dalam bukunya yang berjudul Hukum Perjanjian menyebutkan bahwa kontrak merupakan bentuk dari suatu perjanjian atau persetujuan yang tertulis³². Perjanjian merupakan hal yang mendasar dari dibuatnya suatu kontrak. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) pasal 1313 mendefinisikan perjanjian sebagai “suatu perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu atau lebih orang”³³. Pengertian yang kurang lebih sama datang dari Prof. Subekti, “perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal”³⁴.

Perjanjian diatur dalam buku III KUH Perdata yang dimulai dari pasal 1233 sampai dengan pasal 1864. Sistem pengaturan dari perjanjian menganut sistem terbuka dimana hukum perjanjian itu sendiri memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada khalayak untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan Terkait dengan adanya asas

³² Subekti, 2008, “Hukum Perjanjian”, Jakarta: Intermasa, hal. 1

³³ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek), diterjemahkan oleh Soedharyo Soimin, cet. 3, Jakarta: Sinar Grafika, 2001, ps. 1313

³⁴ Subekti, *loc.cit.*

kebebasan dalam membuat perjanjian yang tertuang dalam system pengaturan perjanjian maka hal ini sesuai dengan pasal 1338 KUH Perdata yang menyebutkan “semua perjanjian yang dibuat sesuai dengan undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”³⁵.

Kebebasan dalam membuat perjanjian atau biasa disebut kebebasan berkontrak yang diatur dalam pasal 1338 KUH Perdata merupakan salah satu dari 5 (lima) asas yang terdapat dalam hukum perjanjian, antara lain:

- a. Asas kebebasan berkontrak³⁶ yang diatur dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata. Asas ini memberi kebebasan kepada para pihak untuk membuat atau tidak mengadakan perjanjian, mengadakan perjanjian dengan siapapun, menentukan isi perjanjian, pelaksanaa dan persyaratanya dan menentukan bentuk perjanjian yaitu tertulis atau secara lisan.³⁷
- b. Asas konsensualisme atau dapat disebut sebagai kesepakatan. Momentum lahirnya suatu perjanjian muncul apabila telah terjadi kata sepakat oleh para pihak sehingga sepakat merupakan salah satu syarat sah dalam membuat yang perjanjian yang sudah semestinya ada. Hal ini diatur dalam pasal 1320 KUH Perdata.
- c. Asas yang ketiga adalah asas kepastian hukum atau dikenal dengan asas Pacta Sunt Servanda. Asas ini juga diatur dalam pasal 1338 ayat (1). Perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.

³⁵ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek), op.cit., ps. 1338 ayat (1)

³⁶ Lihat Huala Adolf, Hukum Perdagangan Internasional, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006, hal. 15-16 dan 91-93. Asas kebebasan berkontrak juga merupakan prinsip-prinsip dasar yang dikenal dan merupakan prinsip universal dalam hukum dagang internasional. Kebebasan tersebut meliputi kebebasan para pihak untuk menentukan jenis kontrak sampai memilih forum penyelesaian sengketanya. Walaupun kebebasan merupakan hal yang sangat esensi namun ada pembatasan didalamnya pertama kebebasan tersebut tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, kesusilaan dan kesopanan (hal ini diatur dalam pasal 1337 KUH Perdata “*suatu sebab adalah terlarang, jika sebab itu dilarang oleh undang-undang atau bialsebab itu bertentangan dengan kesusilaan atau dengan ketertiban umum*”). Kedua, menyangkut status kontrak itu sendiri. Kontrak walau berada dalam ranah internasional tetapi harus tetap tunduk dan dibatasi oleh hukum nasional. Pembatasan terakhir ialah kebiasaan-kebiasaan yang telah dilakukan sebelumnya.

³⁷ Salim H.S., Hukum Kontrak ; Teori & Teknik Penyusunan Kontrak, Jakarta: Sinar Grafika, 2008, hal. 9

- d. Asas keempat adalah asas itikad baik (*geode trouw*). Asas ini terdapat dalam pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang berbunyi “Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”³⁸. Asas itikad merupakan asas bahwa para pihak harus melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kepercayaan dan keyakinan serta kemauan yang baik dari para pihak³⁹.
- e. Asas terakhir adalah asas kepribadian (*personalitas*). Asas yang menentukan bahwa seseorang yang akan melakukan dan atau membuat kontrak hanya untuk kepentingan perseorangan saja. Hal ini dapat dilihat dalam pasal 1315 dan 1340 KUH Perdata⁴⁰.

Perjanjian seperti yang didefinisikan oleh Prof. Subekti diatas dapat dibuat secara tertulis dan tidak tertulis atau hanya dilakukan secara verbal. Perjanjian yang dibuat secara tertulis inilah yang disebut sebagai kontrak. Lawrence M. Friedman memberi pengertian kepada hukum kontrak sebagai “*perangkat hukum yang hanya mengatur aspek tertentu dari pasar dan mengatur jenis perjanjian tertentu*”⁴¹. Pengertian yang lain datang dari Michael D. Bayles yang mengatakan bahwa “*kontrak merupakan aturan hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian atau persetujuan*”⁴². Pengertian kontrak diatas hanya melihat kontrak sebagai pelaksanaa dari sebuah perjanjian. Penulis lebih condong ke pengertian kontrak menurut teori baru yang diungkapkan oleh Van Dunne. Van Dunne mengartikan kontrak sebagai “*suatu hubungan hukum antara 2 pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan hukum*”. Teori tersebut tidak hanya melihat perjanjian semata-mata tetapi juga harus dilihat perbuatan yang sebelumnya yang melatar belakangi perjanjian tersebut. Adapun tiga tahap dalam membuat perjanjian adalah tahap pertama tahap pra-contractual yaitu tahap penawaran dan penerimaan, tahap

³⁸ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek), op.cit., ps. 1338 ayat (3)

³⁹ Salim H.S., op.cit., hal. 10-11

⁴⁰ Ibid., hal. 12

⁴¹ Kerukunan Pensiunan Departemen Keuangan, op.cit., hal. 2

⁴² Ibid.

contractual yaitu adanya persesuaian kehendak antara para pihak dan tahap terakhir tahap post-contractual pelaksanaan perjanjian⁴³.

Dalam membuat perjanjian, terdapat syarat-syarat yang membuat sahnya perjanjian tersebut. Adapaun syarat sahnya perjanjian dapat dikaji dari 2 sistem hukum, *civil law* dan *common law*. *Civil law* merupakan system hukum yang terdapat dalam negara Eropa Kontinental sebagaimana diadopsi oleh hukum Indonesia. Pasal 1320 KUH Perdata menyebutkan 4 syarat sahnya perjanjian yaitu kesepakatan, kecakapan untuk membuat perjanjian, suatu hal tertentu (terdapat suatu objek perjanjian), dan kausa yang halal. Dua syarat pertama dapat disebut dengan syarat subyektif karena terkait dengan orang atau subyek atau pihak yang terlibat dalam membuat suatu perjanjian. Apabila syarat subyektif tersebut tidak dipenuhi maka perjanjian dapat dibatalkan. Sedangkan untuk dua syarat terakhir disebut dengan syarat objektif, ketika syarat objektif tersebut tidak dapat dipenuhi maka perjanjian tersebut batal demi hukum.

Common law menentukan 4 syarat sahnya perjanjian⁴⁴ yaitu:

- a. Adanya *offer and acceptance* (penawaran dan permintaan). Dalam proyek konstruksi undangan untuk melakukan tender dari owner ke kontraktor maupun kontraktor ke sub-kontraktor merupakan suatu cara penawaran yang apabila penawaran tersebut diterima akan mengikat para pihak. Seketika penawaran tersebut disetujui muncul maka penerimaan harus dilakukan sebelum membuat kontrak⁴⁵.
- b. *Meeting of minds* (persesuaian kehendak). Persesuaian kehendak disini dapat dikatakan sebagai kesepakatan antar pihak yang terkait. Sebagaimana tercantum dalam pasal 1320 KUH Perdata mengenai kesepakatan sebagai momentum lahirnya sebuah perjanjian. Persesuaian kehendak sebaiknya

⁴³ Salim H.S., *Perkembangan Hukum Kontrak Innominaat di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005, hal. 16

⁴⁴ Salim H.S., *op.cit.*, hal.35-40

⁴⁵ Allan Ashworth, *Contractual Procedures In The Construction Industry*, 4th ed., England: Pearson Education, 2001, hal. 18-19

dilakukan secara jujur. Perjanjian dapat menjadi tidak sah apabila perjanjian tersebut dilakukan dengan adanya penipuan (*fraude*), kesalahan (*mistake*), paksaan (*duress*), dan penyalahgunaan keadaan (*undue influence*).⁴⁶

c. *Consideration* (konsiderasi). Salah satu hal yang penting dalam membuat perjanjian ialah perjanjian tersebut dibuat dengan konsiderasi. Secara hukum konsiderasi diartikan sebagai penghentian hak oleh satu pihak dengan imbalan janji dari pihak lain atau bisa diartikan sebagai sesuatu yang diberikan, dijanjikan atau dibekas secara timbal balik. Penggunaan konsiderasi sekiranya harus memperhatikan beberapa ketentuan sebagai berikut; konsiderasi diperlukan untuk membuat sahnya suatu kontrak, konsiderasi itu sendiri harus mempunyai nilai di mata hukum dan tidak boleh bertentangan dengan hukum, Para pihak yang saling terkait dalam kontrak harus mendapatkan timbal balik atau saling memenuhi prestasi dalam perjanjian, konsiderasi tidak boleh terkait dengan peristiwa dimasa lampau⁴⁷.

d. *Competent parties and legal subject matter* (kemampuan dan keabsahan subjek⁴⁸) atau bisa disebut dengan *Capacity*. *Competent parties* dapat diartikan sebagai kemampuan dan kecakapan pihak dalam membuat perjanjian. Hal ini sama dengan salah satu syarat sah perjanjian yang diatur dalam KUH Perdata. *Legal subject matter* dapat diartikan sama dengan kausa yang halal yang diatur dalam KUH Perdata.

Apabila ditelaah lebih jauh, maka syarat sahnya suatu perjanjian yang berasal dari Civil Law system mempunyai persamaan dengan Common Law System⁴⁹. Kesepakatan merupakan hal yang paling mendasar dan hal yang paling esensi dari dibuatnya suatu kontrak. Kesepakatan biasanya dimulai dengan penawaran dari salah

⁴⁶ Salim H.S., op.cit., hal. 36-37

⁴⁷ Allan Ashworth, op.cit., hal. 20

⁴⁸ Salim H.S., op.cit., hal. 39-40

⁴⁹ Lihat: Hario Sabrang, Aspek Hukum dan Manajemen Kontrak, Jakarta: Program Studi Teknik Sipil Kekhususan Manajemen Konstruksi Program Pascasarjana Fakultas Teknik Universitas Indonesia, 1999, Bab 3 hal. 6

satu pihak yang nantinya oleh pihak yang lain penawaran tersebut diterima dan dituangkan sebagai suatu pernyataan yang selanjutnya dituangkan dalam sebuah kontrak. Persamaan yang lain tampak dalam oleh siapa kontrak itu dibuat atau secakap apa para pihak dapat membuat suatu perjanjian (capacity). Common law system tidak mengatur mengenai kausa yang halal dan objek tertentu, tapi menyebutkan mengenai konsiderasi.

2.1.2. Pemahaman Mengenai Kontrak Konstruksi

2.1.2.a. Pengertian dan Definisi kontrak Konstruksi

Blacks Law Dictionary memberi pengertian sebagai berikut:

“Contract construction is a type of contract in which plans and specification for construction are made a part of the contract itself and commonly it is secured by performance and payment bonds to protect both subcontractor and party for whom building is being constructed.”

Artinya, kontrak konstruksi adalah tipe perjanjian atau kontrak yang merencanakan dan khusus untuk konstruksi yang dibuat untuk menjadi bagian dari perjanjian itu sendiri. Kontrak konstruksi itu pada umumnya melindungi kedua subkontraktor dan para pihak sebagai pemilik bangunan sebagai dasar dari perjanjian tersebut.

Kontrak konstruksi dalam Undang-Undang No. 18 Tahun 1999 (UU Jasa Konstruksi) diartikan sebagai “keseluruhan dokumen yang mengatur hubungan hukum antara pengguna jasa dan penyedia jasa dalam penyelenggaraan pekerjaan konstruksi”⁵⁰.

Dalam FIDIC Construction of Contract for Construction For Building and Engineering Works Designed by The Employer (Persyaratan Kontrak Untuk Pelaksanaan Konstruksi) menyebutkan kontrak berarti Perjanjian Kontrak (Contract

⁵⁰ Indonesia, Undang-Undang Jasa Konstruksi, UU No. 18 Tahun 1999, LN. No. 54 Tahun 1999, TLN. No. 3833, ps. 1

Agreement)⁵¹, Surat Penunjukkan (*Letter of Acceptance*)⁵², Persyaratan (*Conditions*)⁵³, Spesifikasi (*Specifications*)⁵⁴, Gambar-gambar (*Drawings*)⁵⁵, Jadwal/Daftar (*Schedules*)⁵⁶ dan dokumen lain (bila ada) yang tercantum dalam perjanjian kontrak atau dalam surat penunjukkan.⁵⁷

Pengertian yang dikemukakan dalam UU Jasa Konstruksi dan *FIDIC Constuction of Contract for Construction For Building and Engineering Works Designed by The Employer* mempunyai persamaan. Persamaan tersebut bahwa yang disebut sebagai kontrak konstruksi adalah seluruh dokumen yang merupakan satu kesatuan yang mengatur hubungan kerja antara pengguna jasa dan penyedia jasa. Dokumen kontrak dalam kontrak konstruksi seperti yang disebutkan dalam PP no. 29 tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi⁵⁸ dapat terdiri dari surat perjanjian, dokumen

⁵¹ Perjanjian Kontrak harus dilakukan oleh para pihak dalam waktu 28 hari setelah Kontraktor menerima surat penunjukkan, kecuali dinyatakan lain dalam Persyaratan Khusus. Perjanjian kontrak harus didasarkan pada formulir yang dilampirkan pada Persyaratan Khusus. Biaya materai dan biaya sejenis lainnya (bila ada) dibebankan sesuai eraturan sehubungan dengan pembuatan Perjanjian kontrak harus ditanggung Pengguna jasa.

⁵² Surat Penunjukkan berarti surat penunjukkan resmi, ditandatangani oleh pengguna jasa, berdasarkan surat penawaran yang ditandatangani oleh pengguna jasa, berdasarkan surat penawaran, termasuk memorandum tambahan yang disetujui dan ditandatangani oleh kedua belah pihak. Bila tidak ada surat penunjukkan, istilah “surat penunjukkan” berarti perjanjian kontrak dan tanggal diterbitkannya atau diterimanya surat penunjukkan berarti tanggal ditandatanganinya perjanjian kontrak.

⁵³ Surat penawaran berarti dokumen yang merupakan surat penawaran yang dilengkapi oleh kontraktor dan berisi penawaran pekerjaan yang ditandatangani dan ditujukan kepada pengguna jasa.

⁵⁴ Spesifikasi berarti dokumen yang berisi spesifikasi, sebagaimana termasuk kontrak, berikut semua tambahan serta perubahan terhadap spesifikasi sesuai dengan kontrak. Dokumen ini memuat detail pekerjaan.

⁵⁵ Gambar-gambar berarti gambar-gambar pekerjaan sebagaimana terdapat dalam kontrak, berikut semua tambahan serta perubahan gambar yang diterbitkan oleh (atau atas nama) pengguna jasa dengan kontrak.

⁵⁶ Jadwal atau daftar berarti dokumen berisi jadwal dan daftat dienkapi oleh kontraktor dan disampaikan dengan surat penawaran sebagaimana terdapat di dalam kontrak. Dokumen tersebut dapat meliputi daftar kuantitas dan harga, daftar-daftar dan daftar tariff dan/atau harga.

⁵⁷ FIDIC., *Persyaratan Kontrak untuk Pelaksanaan Konstruksi: Bagi Bangunan dan Pekerjaan Engineering dengan Desain oleh Pengguna Jasa MDB Harmonised Edition*, edisi Bahasa Indonesia, Jakarta: LPJK., INKINDO., FIDIC., 2008, ps. 1.1.1

⁵⁸ Indonesia, Peraturan Pemerintah, PP No. 29 Tahun 2000, LN. No. 64 Tahun 2000, TLN. No. 3956, ps. 22

lelang, usulan atau penawaran, berita acara berisi kesepakatan, surat pernyataan dari pengguna jasa yang menyatakan menerima penawaran dari penyedia jasa, surat pernyataan dari penyedia jasa yang menyatakan kesanggupan untuk melaksanakan pekerjaan. Hal ini sama dengan pengertian yang disebutkan dalam FIDIC Constuction of Contract for Construction For Building and Engineering Works Designed by The Employer. Penulis beranggapan berdasarkan pengertian diatas, apabila menyebut perjanjian berarti *contract agreement* yang merupakan bagian dari kontrak konstruksi itu sendiri.

2.1.2.b Pihak Dalam Kontrak Konstruksi

Para pihak dalam kontrak konstruksi biasanya terjadi antara pengguna jasa dan penyedia jasa. Pengguna jasa dapat diartikan sebagai orang perseorangan atau bad hukum sebagai pemberi tugas atau pemilik pekerjaan/proyek yang memerlukan layanan jasa konstruksi⁵⁹. Pengguna jasa juga dapat disebut sebagai bouwheer (dalam KUH Perdata), Client, Company. Pihak ini yang mempunyai modal dan nantinya akan melimpahkan pekerjaannya kepada penyedia jasa.

Penyedia jasa diartikan sebagai orang perorangan atau badan hukum yang kegiatan usahanya menyediakan jasa layanan konstruksi⁶⁰, dapat juga disebut sebagai kontraktor maupun konsultan konstruksi. Walaupun begitu, yang disebut sebagai penyedia jasa tidak hanya bouwher maupun company. Kontraktor dapat berperan sebagai pengguna jasa ketika kontraktor merasa membutuhkan pihak ketiga untuk menyelesaikan pekerjaan dengan melimpahkannya kepada subkontraktor. Subkontraktor diartikan sebagai pihak ketiga yang dilibatkan oleh pihak kontraktor utama untuk melaksanakan berbagai kewiban tertentu yang terbit dari kontrak konstruksi antara pihak kontraktor utama dengan pihak bouwheer, pekerjaan mana dilakukan oleh subkontraktor untuk dan atas nama pihak kontraktor utama⁶¹.

⁵⁹ Indonesia, UU Jasa Kontruksi, op.cit., ps. 1 nomor 3

⁶⁰ Ibid., ps. 1 nomor 4

⁶¹ Munir Fuady, Kontrak Pemborongan Mega Proyek, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1998, hal. 183

Hubungan antara pengguna jasa dan penyedia jasa apabila dilihat dalam realita industri konstruksi seringkali saling timpang. Posisi pengguna jasa lebih mempunyai posisi yang lebih kuata dibanding penyedia jasa, hal ini dikarenakan modal utama berasal dari pengguna jasa dan pengguna jasa yang mempunyai proyek dimana penyedia jasa nantinya dilimpahi pekerjaan tersebut.

2.1.2.c Jenis kontrak Konstruksi

Kontrak konstruksi dahulu hanya terdapat satu jenis yaitu tipe tradisional atau konvensional. Pihak yang terdapat dalam tipe ini biasanya hanya terjadi antara pihak Bouwheer dan kontraktor. Tipe kontrak ini dilakukan untuk pembangunan-pembangunan gedung atau proyek yang tidak terlalu kompleks. Dalam tipe kontrak tradisional, pembayaran dapat dilakukan dengan cara lump sum atau harga per unit. Pembayaran dengan cara lump sum merupakan kontrak jasa atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam jangka waktu tertentu dengan jumlah harga yang pasti dan tetap serta semua resiko yang mungkin terjadi dalam proses penyelesaian pekerjaan yang sepenuhnya ditanggung oleh penyedia jasa sepanjang gambar dan spesifikasinya tidak berubah⁶².

Pembayaran dengan cara lump sum bertujuan agar pihak bouwheer memintan kepada pihak kontraktor melalui tender atau negosiasi untuk mengerjakan proyek tersebut dengan imbalan pembayaran uang dengan jumlah yang pasti. Tetapi dimungkinkan jug dalam pelaksanaan kontrak atau harga yang telah ditetapkan secara pasti tersebut dapat berubah. Perubahan tersebut dikarenakan adanya penambahan jasa atau supply material atau terdapat variasi terhadap kontrak yang bersangkutan. Untuk mengantisipasinya, dalam kontrak perjanjian akan disebutkan harga per unit dari kontrak tersebut. Cara yang lain pihak pengguna jasa akan memasukkan sebuah klausul “ harga tidak akan berubah apabila terdapat variasi yang nantinya timbul selama dalam proses pelaksanaan pekerjaan, perubahan kebijakan moneter atau keuangan dan keadaan kahar”. Klausula ini dirasa agak berat sebelah,

⁶² Indonesia, PP No. 29 Tahun 2000 Penyelenggaraan Jasa Konstruksi, op.cit., ps. 21 ayat (1)

karena posisi pihak penyedia jasa tidak memungkinkan untuk meminta tambahan biaya.

Pembayaran dengan cara harga per unit atau harga satuan merupakan kontrak jasa atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam jangka waktu tertentu berdasarkan harga satuan yang pasti dan tetap untuk setiap satuan pekerjaan dengan spesifikasi teknis tertentu, yang volume pekerjaannya didasarkan pada hasil pengukuran bersama.⁶³

Peraturan Pemerintah No. 29 Tahun 2000 selain menyebutkan jenis kontrak berdasarkan pembayaran dengan cara lumpsum dan unit price, juga mengatur mengenai jenis kontrak berdasarkan cara pembayaran dengan cara:

- biaya tambah imbalan jasa, kontrak ini merupakan kontrak jasa atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam jangka waktu tertentu, dimana jenis-jenis pekerjaan dan volumenya belum diketahui dengan pasti, sedangkan pembayarannya dilakukan berdasarkan pengeluaran biaya yang meliputi bahan, sewa peralatan, upah pekerja dan lain-lain, ditambah imbalan jasa yang telah disepakati kedua belah pihak.⁶⁴

- gabungan lump sum dan harga satuan. Kontrak ini merupakan gabungan antara harga lump sum dan atau harga satuan dan atau tambah imbalan jasa dalam satu pekerjaan yang diperjanjikan sejauh yang disepakati para pihak dalam kontrak kerja konstruksi.⁶⁵

- Aliansi. Kontrak ini merupakan kontrak untuk pengadaan jasa dimana suatu harga kontrak referensi ditetapkan lingkup dan volume pekerjaan yang belum diketahui ataupun diperinci secara pasti sedangkan pembayarannya dilakukan secara biaya tambah imbalan jasa dengan suatu pembagian tertentu yang disepakati bersama atas penghematan ataupun biaya lebih yang timbul dari perbedaan biaya sebenarnya dan harga kontrak referensi.⁶⁶

⁶³ Ibid., ps. 21 ayat (2)

⁶⁴ Ibid., ps. 21 ayat (3)

⁶⁵ Ibid., ps. 21 ayat (4)

⁶⁶ Ibid., ps. 21 ayat (5)

Sesuai dengan perkembangan waktu banyak pihak-pihak dalam industry konstruksi mulai mencari berbagai varian dalam jenis-jenis kontrak konstruksi. Perkembangan dalam kontrak konstruksi ini muncul dikarenakan timbulnya hubungan dengan pihak ketiga yang muncul dalam kontrak tersebut atau disesuaikan dengan asal modal yang dipergunakan untuk membiayai proyek konstruksi tersebut seperti kontrak FIDIC dimana kontrak tersebut dipergunakan untuk proyek konstruksi yang modalnya berasal dari bank dunia (world bank). Tipe kontrak yang mulai sering digunakan dalam proyek konstruksi ialah tipe turn key. Tipe ini menempatkan pihak kontraktor untuk melakukan segala-galanya mulai dari mendesain proyek sampai dengan penyerahan proyek yang bersangkutan setelah proyeknya jadi (ready for use)⁶⁷. Jenis kontrak konstruksi sebenarnya dapat dibedakan berdasarkan;

1. Kontrak konstruksi menurut cara perhitungan biaya. Jenis tipe kontrak ini telah penulis bahas sebelumnya.
2. Kontrak konstruksi menurut jangka waktu pelaksanaan. Tipe kontrak ini dibedakan menjadi dua. Pertama, kontrak konstruksi berdasarkan tahun tunggal dimana pelaksanaannya direncanakan selama satu tahun. Kedua, kontrak konstruksi tahun jamak dimana pelaksanaannya direncanakan akan melebihi satu tahun.
3. Kontrak konstruksi menurut cara pembayaran. Kontrak ini dibedakan kedalam tiga cara⁶⁸:
 - a. Bulanan (monthly payment). Kontrak ini mengatur cara pembayaran berdasarkan setiap prestasi yang telah terhasikan yang nantinya prestasi tersebut akan dikur pada akhir bulan. Kelemahan dari kontrak ini ialah sekecil apaun prestasi tetap harus dibayar.
 - b. Prestasi (stage payment). Kontrak yang pembayaran hasil pekerjaannya dilakukan dalam beberapa tahapan dan bisa juga pembayaran dilakukan sekaligus pada saat pekerjaan fisik selesai 100 % (turn key).

⁶⁷ Munir Fuady, op.cit., hal.45-46

⁶⁸ [http:// know.brr.go.id/.../20071024_Bentuk-bentuk_Kontrak_Konstruksi_Ringkasan.pdf](http://know.brr.go.id/.../20071024_Bentuk-bentuk_Kontrak_Konstruksi_Ringkasan.pdf)

- c. Pra pendanaan penuh dari penyedia jasa (contractor's full pre financed). Cara pembayaran kontrak ini ialah ketika pekerjaan telah diselesaikan dan diterima dengan baik oleh pengguna jasa yang sebelumnya pekerjaan tersebut didanai penuh terlebih dahulu oleh penyedia jasa sampai selesai.
4. Kontrak Konstruksi menurut cara pembagian tugas. Kontrak ini dapat dibedakan menjadi:
- a. Kontrak tradisional atau konvensional.
Kontrak ini telah penulis jelaskan pada pembahasan diatas.
 - b. Kontrak Turn key
Merupakan kontrak pengadaan barang dan jasa atau pemborongan atas EPC (Engineering, Procurement & Construction) dimana penyelesaian seluruh pekerjaan dalam batas waktu tertentu dengan jumlah harga pasti & tetap sampai seluruh bangunan/konstruksi, peralatan & jaringan utama maupun penunjangnya dapat berfungsi dengan baik sesuai dengan criteria kinerja yang telah ditetapkan.
 - c. Kontrak Design & Build
Merupakan kontrak pelaksanaan kerja pemborongan yang dimulai dari proses perencanaan sampai dengan pelaksanaan konstruksi fisik yang dilaksanakan oleh penyedia jasa dalam satu kontrak yang sama.
 - d. Kontrak EPC (engineering, procurement & Construction)
Kontrak ini sebenarnya mempunyai kemiripan dengan kontrak design&build, yang berbeda kontrak ini biasanya dipakai dalam industri minyak, gas dan petro kimia. Pembayaran dalam kontrak dilaksanakan sesuai tahapan pekerjaan yang telah diselesaikan.
 - e. Kontrak BOT
Kontrak ini mempunyai pola kerjasama antara pemilik lahan dan investor yang mempunyai modal atau dana. Setelah fasilitas dibangun investor mendapat konsesi untuk mengoperasikan dan memungut hasil (operate) dalam kurun waktu tertentu.

2.1.2.d Tahapan Pembentukan Kontrak Konstruksi

Proses pembentukan kontrak diawali dengan adanya dua pihak atau lebih yang saling menyetujui untuk mengadakan suatu transaksi, umumnya berupa kesanggupan oleh satu pihak untuk melakukan sesuatu bagi pihak lain untuk melaksanakan suatu pekerjaan dengan sejumlah imbalan yang telah disepakati bersama. Adapun tahap-tahap dalam pembentukan kontrak konstruksi ialah:

- a. Pengguna jasa biasanya mengawali dengan membuka suatu penawaran dengan cara melakukan suatu pelelangan atau tender untuk mencari penyedia jasa yang sanggup untuk melaksanakan pekerjaan. Pelelangan pada umumnya dibagi menjadi dua yaitu pertama, pelelangan yang dilakukan secara umum atau pelelangan yang dilakukan secara terbatas. Pada prinsipnya, kedua macam pelelangan tersebut sama, hanya ada sedikit perbedaan dalam hal peserta lelang. Dalam pelelangan umum, semua penyedia jasa yang memenuhi syarat dapat ikut dalam pelelangan, sedangkan dalam pelelangan terbatas yang diijinkan ikut ialah penyedia barang atau jasa yang diundang oleh pengguna jasa..
- b. Apabila tahap penawaran yang dilakukan melalui pelelangan telah menghasilkan penyedia jasa terpilih. Maka dibuatlah suatu Letter of Acceptance atau Surat Penerimaan dimana surat ini bertujuan sebagai bukti bahwa penyedia jasa sanggup untuk melaksanakan pekerjaan yang diberikan oleh pengguna jasa.
- c. Tahapan selanjutnya ialah pembentukan kontrak itu sendiri. Sering dalam pembentukan suatu kontrak konstruksi, para pihak tidak langsung menyetujui isi dalam kontrak dengan serta merta. Kadang dibutuhkan waktu dan argument yang tidak sebentar untuk merumuskan apa yang disetujui kedua belah pihak. Untuk mengatasi waktu pembuatan kontrak yang tidak sebentar sedangkan pekerjaan sudah harus dimulai. Maka, pengguna jasa akan membuat suatu surat penunjukkan yang isinya memerintahkan penyedia jasa untuk segera

melaksanakan pekerjaan sesuai jadwal yang telah ditetapkan penyedia jasa. Surat penunjukkan ini dapat juga disebut dengan Letter of Intent. Surat ini bertujuan untuk pekerjaan tidak tertunda dan berfungsi agar pengguna jasa dapat lebih awal dalam perencanaan pekerjaan dan apabila diperlukan dapat segera memobilisasikan peralatan atau perlengkapan yang diperlukan dalam pelaksanaan pekerjaan lebih awal.

- d. Segera setelah dokumen-dokumen terlengkap, maka dikeluarkan kontrak perjanjian. Selanjutnya para pihak saling merevisi, melengkapi isi atau klausul dalam perjanjian tersebut. Apabila telah terjadi kesepakatan para pihak atau para pihak saling menerima isi dalam perjanjian tersebut. Maka para pihak akan saling menandatangani kontrak yang selanjutnya kontrak tersebut akan menjadi acuan atau pedoman bagi para pihak untuk melaksanakan pekerjaan.

2.2. Sengketa Konstruksi

Industri konstruksi seperti yang telah dijelaskan sebelumnya merupakan industri yang unik. Pelaksanaan pekerjaannya acapkali membutuhkan waktu yang amat panjang dan mempunyai kompleksitas yang tinggi. Walaupun para pihak telah saling setuju untuk saling mengikatkan diri dalam perjanjian. Dalam perjalanan waktu, seringkali para pihak menemukan kesulitan atau permasalahan. Permasalahan yang timbul apabila tidak ditangani dengan baik maka tidak mungkin akan memunculkan perselisihan atau sengketa antar pihak. Perselisihan atau sengketa memang bukan hal yang tidak dapat dielakkan dalam lalu lintas industri konstruksi. Akibat selanjutnya, apabila sengketa tidak ditangani dengan baik maka penyelenggaraan pekerjaan konstruksi dapat tertunda atau yang terburuk dari semua itu pekerjaan dapat berhenti total. Antisipasi untuk mengatasi hal yang tidak diinginkan ialah para pihak akan memasukkan suatu klausul “Penyelesaian Sengketa atau Dispute Settlement” dalam kontrak perjanjian.

Indonesia dalam mengatasi masalah sengketa khususnya di bidang konstruksi mengenal penyelesaian sengketa dengan cara litigasi, arbitrase, dan alternative penyelesaian sengketa di luar pengadilan (Alternative Dispute Resolution – ADR). Dalam menyelesaikan suatu perselisihan atau sengketa, para pihak diberi kebebasan untuk memilih atau menentukan dengan cara apa sengketa itu akan diselesaikan yang tentunya dituangkan dalam perjanjian yang sebelumnya telah disepakati kedua belah pihak. Perjanjian tersebut berlaku menjadi undang-undang bagi pihak yang telah bersepakat. Hal ini sejalan dengan asas Pacta Sunt Servanda yang diatur dalam pasal 1338 KUH Perdata. Mengenai asas Pacta Sunt Servanda juga diatur dalam Undang-Undang Jasa Konstruksi pasal 36 ayat (1) yang menyebutkan “ Penyelesaian sengketa jasa konstruksi dapat ditempuh melalui pengadilan atau di luar pengadilan berdasarkan pilihan skarela para pihak yang bersengketa”.

Penyelesaian sengketa melalui pengadilan dapat ditempuh untuk menyelesaikan sengketa dalam bidang perdata maupun pidana. Sedangkan penyelesaian diluar pengadilan hanya dapat menyelesaikan sengketa dalam ranah perdata saja. Hal ini ditegaskan dalam pasal 36 ayat (2) UU jasa Konstruksi “ Penyelesaian sengketa diluar pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku terhadap tindak pidana dalam penyelenggaraan jasa konstruksi sebgaimana diatur dalam Kitab Undang Undang Hukum Pidana.

Undang Undang Jasa Konstruksi pasal 36 ayat (3) menyebutkan “ Jika dipilih upaya penyelesaian sengketa diluar pengadilan, gugatan melalui pengadilan hanya dapat ditempuh apabila upayatersebut dinyatakan tidak berhasil oleh salah satu pihak atau para pihak yang bersengketa”. Pasal ini menjelaskan apabila para pihak telah sepakat untuk menyelesaikan sengketa di luar pengadilan, maka para pihak tidak dapat secara bersamaan menyelesaikannya melalui pengadilan secara bersamaan. Penyelesaian melalui pengadilan hanya dapat dilakukan setelah para pihak tidak menemukan titik terang melalui penyelesaian sengketa di luar pengadilan.

Para Pihak dalam industri konstruksi biasanya apabila berhadapan dengan sengketa akan memilih untuk merundingkan atau membicarakan permasalahan secara baik-baik terlebih dahulu. Apabila memang tidak dapat ditemukan jalan keluar maka

merka akan memilih untuk menyelesaikan permasalahan sesuai yang telah disepakati bersama dalam kontrak.

Bentuk-bentuk penyelesaian sengketa akan penulis kemukakan sebagai berikut:

a. Litigasi.

Litigasi adalah salah satu cara penyelesaian sengketa yang dipilih pengguna jasa dan penyedia jasa yang diadakan di lembaga pengadilan⁶⁹. Putusan yang dijatuhkan oleh pengadilan bersifat mengikat, yang berarti apabila salah satu pihak tidak melaksanakan putusannya maka pengadilan dapat melaksanakan eksekusi terhadap isi putusan dengan cara paksa. Penyelesaian melalui pengadilan kurang disukai tidak hanya pelaku jasa konstruksi tapi pelaku bisnis nasional maupun internasional⁷⁰.

Peradilan dalam pandangan masyarakat oleh Suyud Margono masih berperan sebagai katup penekan atau pressure vessel atas segala pelanggaran hukum, ketertiban masyarakat, dan pelanggaran ketertiban umum serta peran yang lain ialah sebagai *last resort* (tempat terakhir) untuk mencari keadilan sehingga peradilan masih diharapkan sebagai badan yang menegakkan keadilan dan kebenaran⁷¹. Peran peradilan tampaknya saat ini sudah tidak dikatakan ideal lagi. Mahalnya biaya berperkara dan lambatnya penanganan dalam sidang membuat masyarakat mencari alternative penyelesaian sengketa lainnya. Alasan-alasan

⁶⁹ Bandingkan dengan pengertian litigasi yang diberikan oleh Suyud Margono, *ADR & ARbitrase Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, ed. Kedua, Bogor: Ghalia Indonesia, 2004, hal. 23-24. "Litigasi adalah proses gugatan atas suatu konflik yang disituasikan untuk mengganti konflik sesungguhnya, dimana para pihak membrikan kepada seorang pengambil keputusan dua pilihan yang bertentangan. Litigasi merupakan proses yang sangat dikenal (familiar) bagi para lawyer dengan karakteristik adanya pihak ketiga yang mempunyai kekuatan untuk memutuskan (to impose) solusi diantara para pihak yang bersengketa".

⁷⁰ Lihat Sudargo Gautama, *Undang-Undang Arbitrase Baru*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1999, hal. 2-3. "Dunia dagang, terutama internasional selalu "takut" untuk berperkara di hadapan badan-badan peradilan. Ini berlaku untuk tiap system negara, baik negara yang maju maupun masih berstatus negara berkembang. Para pedagang pada umumnya takut untuk berperkara untuk bertahun-tahun lamanya. Keadaan ini dirasakan di semua negara. Tetapi lebih-lebih lagi dalam keadaan system padilan di negara kit. Berperkara bisa berlarut-larut, artinya bisa bertahun-tahun lamanya".

⁷¹ Suyud Margono, *ADR & ARbitrase Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, ed. Kedua, Bogor: Ghalia Indonesia, 2004, hal. 64-65

yang menyebabkan pengadilan tidak disukai untuk dijadikan sebagai penyelesaian sengketa adalah sebagai berikut⁷²:

(i). Penyelesaian sengketa lambat.

Penyelesaian sengketa melalui litigasi pada umumnya berjalan amat sangat lambat yang menyebabkan proses pemeriksaan bersifat sangat formal dan sangat teknis.

(ii). biaya berperkara mahal.

Lamanya penyelesaian sengketa melalui litigasi mengakibatkan makin tingginya biaya yang harus dikeluarkan oleh para pihak seperti biaya resmi dan biaya pengacara yang harus ditanggung.

(iii). Peradilan tidak tanggap

Pengadilan dirasa kurang tanggap dan tidak responsive dalam bentuk perilaku. Tidak tanggapnya pengadilan dalam bentuk membela dan melindungi kepentingan umum serta sering mengabaikan perlindungan umum dan kebutuhan masyarakat. Pengadilan dalam memberikan pelayanan dianggap hanya memberikannya kepada kalangan yang berkuasa dan mempunyai uang, sehingga masyarakat menganggap pengadilan tidak lagi adil.

(iv). Kemampuan para hakim bersifat generalis atau umum.

Para hakim dalam litigasi dianggap hanya memiliki pengetahuan hukum secara umum. Di luar itu seperti masalah konstruksi misalnya, pengetahuan mereka hanya bersifat generalis.

b. Arbitrase

Pengadilan sesuai dengan penjelasan penulis di atas kurang disukai untuk menyelesaikan suatu sengketa konstruksi. Waktu yang relative lama, biaya yang amat sangat tidak sedikit dan kemampuan para hakim yang kurang mendalami hukum konstruksi, membuat para pelaku jasa konstruksi mencari alternative penyelesaian sengketa lainnya. Salah satu dengan menggunakan arbitrase. Penyelesaian sengketa

⁷² Ibid., hal. 65-67

konstruksi dapat menggunakan arbitrase, yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 mengenai Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Lainnya.

Arbitrase merupakan “*Suatu kesepakatan berupa klausula arbitrase yang tercantum dalam perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa*”⁷³. Bentuk perjanjian arbitrase dibuat secara tertulis. Perjanjian arbitrase merupakan suatu kesepakatan berupa klausula arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis. Perjanjian tertulis tersebut dapat dibuat para pihak sebelum timbul sengketa (*pacta de compromittendo*) maupun perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat setelah timbul sengketa (*akta kompromis*)⁷⁴. Arbitrase diatur juga dalam FIDIC Persyaratan Kontrak Untuk Pelaksanaan Konstruksi Bagi Bangunan dan Pekerjaan Enjinerig Dengan Design Oleh Pengguna Jasa dalam pasal 20.6⁷⁵.

Arbitrase terdapat dua macam, yang pertama arbitrase ad hoc atau bisa disebut dengan arbitrase yang bersifat sementara (tidak permanent) dan arbitrase institusional seperti yang tersebut dalam PP No. 29 Tahun 2000 mengenai Penyelenggaraan Jasa Konstruksi pasal 1 butir b “*Penyelesaian sengketa dalam penyelenggaraan jasa konstruksi di luar pengadilan dapat dilakukan dengan cara arbitrase melalui lembaga arbitrase atau arbitrase ad Hoc*”. Institusi arbitrase yang bersifat permanent seperti Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) dan Badan Arbitrase Muamalat

⁷³ Indonesia, Undang-Undang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian Sengketa, UU No. 30 Tahun 1999, LN. No. 138 Tahun 1999, TLN. No. 3872, ps. 1 ayat (3)

⁷⁴ Salim, op.cit. hal 124

⁷⁵ FIDIC, op.cit ps. 20.6 :

“Kecuali dinyatakan lain dalam Persyaratan Khusus, sengketa yang tidak diselesaikan secara damai dan yang menyebabkan keputusan Dewan Sengketa (jika ada) menjadi belum final dan belum mengikat kedua belah pihak akhirnya harus diselesaikan melalui arbitrase. Kecuali disepakati lain oleh kedua belah pihak:

- (a) Untuk kontrak-kontrak dengan kontraktor asing, arbitrase internasional dengan pemeriksaan yang dilakukan oleh lembaga yang ditunjuk dalam Data Kontrak, dilaksanakan dengan peraturan arbitrase UNCITRAL sesuai dengan pilihan lembaga yang ditunjuk.
- (b) Tempat dilaksanakannya arbitrase haruslah di kota di mana kantor pusat lembaga abitrarse berada.
- (c) Arbitrase haruslah dilaksanakan dalam bahasa komunikasi yang ditetapkan dalam Sub-Klausula 1.4 (hukum dan bahasa)
- (d) Untuk kontrak dengan kontraktor local, arbitrase dengan proses pemeriksaan dilaksanakan sesuai dengan hukum negara Pengguna Jasa.”

Indonesia (BAMUI). Penyelesaian sengketa melalui arbitrase mempunyai kelebihan antara lain⁷⁶:

| Arbitrase | Pengadilan |
|---|--|
| Bebas dan otonom menentukan peraturan dan institusi arbitrase | Mutlak terikat pada hukum acara yang berlaku. |
| Menghindari ketidakpastian (uncertainty) akibat perbedaan system hukum dengan negara tempat sengketa diperiksa, maupun kemungkinan adanya keputusan hakim yang tidak adil dengan maksud apapun, termasuk melindungi kepentingan domestic yang terlibat sengketa | Yang berlaku mutlak adalah system hukum dari negara tempat sengketa diperiksa. |
| Keleluasaan memilih arbiter professional, pakar dalam bidang yang menjadi objek sengketa, dan independent dalam memeriksa sengketa | Majelis hakim belum tentu menguasai secara mendasar bidang yang dipersengketakan. Persepsinya terpaksa dibantu oleh saksi ahli. |
| Waktu prosedur, dan biaya arbitrase lebih efisien. Putusan bersifat final dan mengikat dan tertutup upaya hukum lainnya seperti banding maupun kasasi. | Proses pengadilan pada umumnya menuntut waktu yang cukup lama. Biaya penyelesaian sengketa, terutama untuk kompensasi pengacara-pengacara akan cukup tinggi. |
| Persidangan tertutup (non-publicity), dan karenanya memberi perlindungan untuk informasi dan atau usaha yang bersifat rahasia atau tidak boleh diketahui umum. | Terbuka untuk umum, sehingga kerahasiaannya dan nama baik seringkali dirugikan. |
| Pertimbangan hukum lebih | Pola pertimbangan pengadilan dan |

⁷⁶ Nazarkhan Yasin, op.cit., hal. 127 dan Hamid Shahab, Aspek Hukum dalam Sengketa Bidang Konstruksi, Jakarta: Djembatan, 1996, hal. 20-23

| | |
|--|---|
| mengutamakan aspek privat dengan win-win solution, sehingga hubungan antar pihak yang bersengketa lebih terjaga. | putusan hakim adalah win loose, yang kadang membuat hubungan antar pihak yang bersengketa menjadi tidak baik. |
|--|---|

Namun tidak selalu arbitrase mempunyai keunggulan dibandingkan dengan pengadilan, arbitrase juga mempunyai kelemahan-kelemahan antara lain⁷⁷:

| Arbitrase | Pengadilan |
|--|--|
| Honorarium arbiter, panitera dan administrasi relative lebih mahal. Tolak ukur jumlah umumnya ditentukan oleh nilai klaim (sengketa). Apabila biaya ditolak atau tidak dibayar oleh salah satu pihak, pihak yang lain wajib membayarnya lebih dulu agar sengketa diperiksa oleh arbitrase. | Biaya perkara relative lebih murah dan telah ditentukan oleh MARI |
| Arbitrase bisa memakan waktu yang lama dan akhirnya sengketa dilimpahkan melalui litigasi. Hal ini dapat terjadi apabila arbiternya kurang menguasai bidang hukum | Sengketa yang masalah intinya terletak pada masalah pengertian hukum, proses penyelesaian sengketa relative lebih cepat. |
| Tidak memiliki juru sita sendiri sehingga menghambat penerapan prosedur dan mekanisme arbitrase secara efektif. | Memiliki juru sita dan atau sarana pelaksanaan prosedur hukum acara |
| Putusan arbitrase tidak memiliki daya paksa yang efektif, dan sangat bergantung kepada pengadilan jika | Pelaksanaan putusan dapat dipaksakan secara efektif terhadap pihak yang kalah dalam perkara. |

⁷⁷ Nazarkhan Yasin, *Ibid.*, hal. 130 dan Hamid Shahab, *ibid.*, hal. 21-23

| | |
|--|--|
| putusan tidak dijalankan secara sukarela ⁷⁸ . | |
| Eksekusi putusan arbitrase cenderung mudah untuk diintervensi pihak yang kalah melalui lembaga peradilan sehingga waktu realisasi pembayaran ganti rugi menjadi relative lebih lama. | Eksekusi putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang pasti, dapat dilaksanakan meskipun kemudian muncul bantahan atau verzet. |

c. Alternative Dispute Resolution

Proses penyelesaian sengketa alam masyarakat mengalami perubahan dan perkembangan. Muncul suatu cara penyelesaian sengketa alternative yang disebut dengan ADR (*alternative Dispute Resolution*). Bentuk ini menekankan pada pengembangan metode penyelesaian konflik yang bersifat kooperatif di luar pengadilan⁷⁹. Alternatif penyelesaian sengketa dapat berbentuk negosiasi, mediasi dan konsiliasi⁸⁰.

(i). Negosiasi

Salah satu alternative penyelesaian sengketa yang mudah dan murah adalah negosiasi. Cara ini menekankan komunikasi 2 arah antara pihak yang bersengketa untuk duduk bersama dan membicarakan apa yang pangkal permasalahan dan bagaimana cara penyelesaiannya secara mufakat, biasanya hasil kesepakatan dituangkan secara tertulis. Kontrak Konstruksi biasanya menyebutkan klausula mengenai negosiasi ditulis sebelum para pihak sepakat untuk menyelesaikannya melalui arbitrase atau pengadilan. Contoh klausulanya sebagai berikut: “ Apabila timbul sengketa, maka para pihak sepakat untuk menyelesaikannya secara

⁷⁸ Lihat UU No. 30 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi ps. 61 “ Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa”.

⁷⁹ Suyud Margono, op.cit., hal 138.

⁸⁰ Lihat UU No. 30 tahun 1999 ps. 1.10 “Alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian diluar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli”.

musyawarah mufakat, apabila musyawarah mufakat tidak menemui jalan terang maka para pihak sepakat untuk menyelesaikan sengketa ke (pengadilan atau arbitrase sesuai kesepakatan para pihak)". Para pihak yang bersengketa diharapkan menyebutkan agar sengketa dapat diselesaikan melalui negosiasi dalam kontrak yang telah disepakati sebelumnya. Hal ini bertujuan agar hubungan para pihak yang bersengketa tetap terjalin dengan baik, selain itu agar proyek konstruksi yang tengah berlangsung tetap dapat berjalan lancar.

(ii). Mediasi

Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa melalui penengah atau yang biasa disebut dengan mediator, yang ditunjuk oleh pihak yang saling bersengketa. Mediator tidak dapat memutuskan sengketa tapi membimbing para pihak dalam berunding untuk mencari suatu penyelesaian⁸¹. Dalam industri konstruksi peraturan mengenai penyelesaian sengketa melalui mediasi diatur dalam PP No. 29 Tahun 2000 pasal 50.

(iii). Konsiliasi

Konsiliasi merupakan upaya penyelesaian sengketa dengan cara mempertemukan keinginan para pihak dengan menyerahkannya kepada suatu komisi/pihak ketiga yang ditunjuk atas kesepakatan para pihak yang disebut konsiliator. Yang membedakan antara konsiliasi dengan mediasi dan negosiasi adalah konsiliator dapat memaksakan resolusi penyelesaian sengketa yang akan diambil. Konsiliasi juga diatur dalam PP No. 29 Tahun 2000 pasal 51.

2.3. FIDIC Conditions of Contract

2.3.1. Sejarah singkat mengenai FIDIC

FIDIC merupakan singkatan dari Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils, yaitu suatu federasi internasional yang merupakan ikatan asosiasi konsultan

⁸¹ Lihat Allan Ashworth, op.cit., hal. 54 *"In mediation the neutral adviser listens to the representations from both parties and then helps them to agree upon an overall solution. An active role is played by the adviser by putting forward suggestions, encouraging discussions may be held with each party in order to explain the points concerned and to attempt to formulate a mutually acceptable solution to the problem. Where this is successful then the agreement is put in writing and signed by the parties concerned"*.

insinyur yang mematuhi peraturan atau kode etik dari FIDIC itu sendiri dalam menjalankan profesionalisme, independensi serta kompetensi⁸². FIDIC didirikan di Belgia pada tahun 1913. Negara-negara pemrakarsanya antara lain Perancis, Belgia, dan Swiss. Sekretariat FIDIC terletak di World Trade Center II, Bandara Jenewa, Swiss. Tujuan pembentukan FIDIC ialah untuk mempromosikan bersama profesionalisme demi kepentingan bersama serta untuk menyebarkan informasi ke seluruh komponen nasional asosiasi konsultan insinyur.⁸³

Perkembangan FIDIC sempat terhambat sampai berakhirnya Perang Dunia II pada tahun 1945, setelah Perang Dunia II berakhir mulailah FIDIC lebih memperluas jaringannya. Kerajaan Inggris menjadi anggota FIDIC pada tahun 1949 dan diikuti oleh Amerika Serikat pada tahun 1958.⁸⁴ Bergabungnya negara-negara industri pada tahun 1970 menjadikan FIDIC tidak hanya sebagai federasi konsultan insinyur yang berkuat di kawasan Eropa, tetapi telah menjadi suatu organisasi internasional.⁸⁵ Tahun 2003 tercatat anggota dari FIDIC telah mencapai 62 negara anggota.⁸⁶

Yang dapat menjadi anggota FIDIC hanyalah asosiasi di bidang konstruksi. Individu maupun perusahaan dari asosiasi yang merupakan anggota FIDIC bukan termasuk anggota FIDIC. FIDIC hanya membatasi hanya satu asosiasi dalam satu negara untuk menjadi anggota FIDIC. Indonesia yang menjadi anggota dari FIDIC adalah INKINDO (Ikatan Nasional Konsultan Indonesia). Asosiasi ini mulai beroperasi pada tanggal 20 Juni 1979 sebagai hasil penyatuan antara Ikatan Konsultan Indonesia (IKINDO) yang didirikan pada tanggal 10 Februari 1970, dan Persatuan

⁸² “FIDIC – General Information on FIDIC” <http://www.scaef.org.np/doc10.php>

⁸³ Ibid.

⁸⁴ John Bowcock, “The Four New FIDIC Forms of Contract-Introduction” <http://www1.fidic.org/resources/contracts/launch/bowcock1.html> (dipresentasikan pada FIDIC Ne Contracts Launch Seminar Series, September-December, 1998)

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ FIDIC Info 03, Switzerland: FIIDC, 2003

konsultan teknik pembangunan Indonesia yang didirikan pada tanggal 8 Oktober 1971.⁸⁷

2.3.2. berbagai bentuk dari Kontrak-Kontrak FIDIC

FIDIC dikenal dalam memproduksi dokumen-dokumen kontrak konstruksi dengan standar yang tinggi dan bersifat internasional. Sesungguhnya, kontrak konstruksi model FIDIC melingkupi empat dokumen utama yaitu⁸⁸ (1) *Agreement / Contract Agreement*, (2) *Form of tender*, (3) *General Conditions* dan (4) *Conditions of Particular Application*. Model-model kontrak yang diterbitkan oleh FIDIC antara lain⁸⁹:

- a. *Conditions of Contract For Works of Civil Engineering Construction (The Red Book – 1987)*
- b. *Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey (The Yellow Book – 1987)*
- c. *Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works (The Orange Book – 1995)*

The Red Book dan *The Yellow Book* telah digunakan secara luas pada beberapa decade. *The Red Book* pertama kali dipublikasikan pada tahun 1957 dan yang saat ini populer dipakai ialah edisi keempat *The Red Book* pada tahun 1987, begitu juga dengan *The Yellow Book*, yang saat ini populer dipakai secara meluas ialah *The Yellow Book* edisi ketiga yang diterbitkan pada tahun 1987.⁹⁰

Seiring dengan perkembangan jaman industri jasa konstruksi lebih kompleks dan kadangkala proyek-proyek yang berskala besar memuat berbagai disiplin dalam berbagai bidang. Sebagai contoh, konstruksi bangunan dimana dalam pengerjaannya

⁸⁷ Dwianto Sulisty Budi, Skripsi: *Pengaturan Klaim Dalam Penerapan Standar Kontrak Konstruksi dan Regulasi di Indonesia (Suatu Perbandingan Hukum)*, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005

⁸⁸ Munir fuady, op.cit., 83-85

⁸⁹ Ibid., hal. 81-82

⁹⁰ Christopher Wade, *History and Scope of Three Major New Books*, <http://www1.fidic.org/resources/contracts/launch/wade1.html>

merupakan penggabungan dari suplai dan pemasangan dari system mekanik, elektrikal hingga system-sistem lainnya yang kompleks dirasa sudah tidak bisa lagi menggunakan ketiga buku yang penulis jelaskan diatas. Maka, untuk mengatasinya FIDIC pada tahun 1999 mengeluarkan edisi terbaru untuk menggantikan model-model kontrak FIDIC sebelumnya. Edisi terbaru tersebut antara lain:

- a. *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer: The Construction Contract (New Red Book)*
- b. *Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by The Contractor: The Plant and Design/Build Contract (New Yellow Book)*
- c. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: The EPC/Turnkey Contract (Silver Book)*
- d. *Short form of Contract: The Short Form (Green Book)*

Buku pertama, *The New Red Book*, pada dasarnya merupakan penyempurnaan dari *Red Book* yang diterbitkan pada tahun 1987, dengan fitur-fitur antara lain:

- a. *Red Book* edisi 1987 hanya mencakup pekerjaan konstruksi sipil, edisi baru mencakup semua jenis pekerjaan/kontrak yang desainnya dilakukan oleh emilik proyek.
- b. Sebagian pekerjaan desain dapat dikerjakan oleh pihak kontraktor
- c. Pada dasarnya merupakan penyempurnaan dar *Red Book* yang diterbitkan pada tahun 1987
- d. Administrasi kontrak dan pengawasan pekerjaan oleh Engineer
- e. *Approval of work*, pembayaran pekerjaan, harus dengan persetujuan Engineer.

Buku kedua, *The New Yellow Book*, merupakan pengganti dari *Yellow Book* yang diterbitkan pada tahun 1987 sekaligus *Orange Book* yang diterbitkan pada tahun 1995. *Yellow Book* 1987 hanya mencakup electrical dan mechanical construction works, dimana sebagian pekerjaan desain dikerjakan oleh kontraktor, sedangkan orange book yang diterbitkan pada tahun 1995 mengatur mengenai proyek design

build and turnkey untuk pekerjaan konstruksi sipil dan pekerjaan besar yang dilakukan oleh pihak kontraktor.

Buku ketiga yaitu *Silver Book*, merupakan produk yang sama sekali baru, yang dirancang untuk jenis proyek turn key yang memerlukan kepastian dari segi biaya dan waktu. Selama bertahun-tahun, banyak pemilik proyek yang dengan sengaja mengubah klausul pembagian resiko dalam buku FIDIC, dan membebankan sebagai besar resiko pada kontraktor. Dikeluarkannya *Silver Book* didasari pada kenyataan bahwa jenis kontrak seperti ini telah terjadi selama bertahun-tahun, dan pemilik proyek mau membayar lebih, bahkan kadang dalam jumlah besar, demi tercapainya kepastian biaya dan waktu untuk menyelesaikan sebuah kontrak konstruksi.

2.3.3. Pemberlakuan The Pink Book: MDB Harmonised Edition Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed By The Employer⁹¹

The pink Book merupakan suatu form kontrak yang digunakan oleh MDB (*Multilateral Development Bank*) untuk proyek konstruksi (pekerjaan bangunan dan engineering yang didesain oleh pengguna jasa) dimana MDB selaku pemberi modal. FIDIC the Pink Book pertama kali dipublikasikan pada bulan Mei 2005 dan kemudian diterbitkan revisinya pada bulan Maret 2006.

MDB adalah lembaga supra nasional yang didirikan oleh negara-negara yang berdaulat dimana mereka juga berperan sebagai pemegang saham. Tujuan MDB adalah membantu kemajuan perekonomian dan social dalam negara-negara berkembang dengan cara membantui perinvestasian, mengadakan proyek-proyek keuangan serta membangkitkan modal. Proyek-proyek keuangan MDB menggunakan pinjaman jangka panjang yang didasarkan pada harga pasar. Yang menjadi anggota utama dari MDB ialah African Development Bank, Asian Development Bank, European Bank for reconstruction and Development (EBRD), Inter-American Development Bank Group, dan World Bank.

⁹¹ [http://www.shadbotlaw.com/pdfs/FIDIC%20pink%. 20book.pdf](http://www.shadbotlaw.com/pdfs/FIDIC%20pink%.20book.pdf)

MDB umumnya, sebelum tahun 2005 mengadopsi FIDIC Persyaratan Umum Kontrak termasuk di dalamnya The Red Book tahun 1999 yang menjadi bagian dari standar dokumen pelelangan yang menganjurkan agar peminjam atau bantuan keuangan untuk mengikuti. Bagaimanapun juga, MDB telah merubah The FIDIC Persyaratan Umum Kontrak dengan menambah beberapa klausula. Klausula tambahan ini seringkali standar dan digunakan secara berulang-ulang yang menyebabkan ketidakefisiensian pada tahap pengadaan barang.

Untuk mengatasi hal tersebut maka kepala pengadaan barang dari MDB dan FIDIC saling bekerja sama untuk membuat The pink Book. Dokumen harmonisasi ini juga termasuk didalamnya persyaratan umum kontrak tetapi juga memuat ketentuan-ketentuan dari persyaratan khusus, yang dimana persyaratan khusus tersebut dimodifikasi kembali sesuai dengan persyaratan dari masing-masing proyek dan negara.

Proyek yang cocok untuk menggunakan The Pink Book apabila proyek tersebut dananya berasal dari MDB dan apabila pelaksanaan proyek tersebut dapat mengaplikasikan The New red Book 1999. Walaupun The Pink Book merupakan kontrak harmonisasi dengan The New red Book, terdapat beberapa perbedaan, antara lain:

| Klausa | Sub-Klausa | Perubahan (amendment) |
|------------------|--|--|
| 2: Penyedia Jasa | 2.4: Pengaturan Keuangan Pengguna Jasa | Berdasarkan Red Book 1999, Pengguna jasa diharuskan untuk menyampaikan dalam waktu 28 hari setelah menerima permohonan dari kontraktor bukti-bukti sebagai pengaturan pembiayaan yang memungkinkan pengguna jasa membayar harga kontrak . Pink Book mengharuskan Pengguna jasa untuk menyampaikan bukti-bukti sebelum tanggal pelaksanaan pekerjaan dalam waktu 28 hari |

| | | |
|-------------|--|---|
| | | setelah menerima permohonan dari kontraktor. Sebagai tambahan, bukti-bukti yang disediakan Pengguna jasa harus mengindikasikan bahwa Pengguna jasa dapat membayar sesuai harga dalam kontrak sesegera mungkin |
| | 2.5: Klaim dari Pengguna Jasa | Perubahan dalam the Red Book 1999 lebih mengenai pemberitahuan klaim dari pengguna jasa. Berdasarkan Pink Book, Pengguna Jasa harus tetap menyampaikan pemberitahuan sesegera mungkin tetapi |
| 3. Engineer | 3.1 Tugas dan kewenangan <i>Engineer</i> | Berdasarkan <i>Pink Book</i> , Pemberi kerja (<i>Employer</i>) diperbolehkan mengubah kewenangan <i>Engineer</i> tanpa persetujuan dari kontraktor. Berlawanan dengan <i>1999 Red book</i> , Pemberi kerja wajib untuk tidak membebani kewenangan <i>engineer</i> tanpa ada persetujuan dengan kontraktor terlebih dahulu. Perubahan ini mungkin bisa di lihat sebagai pengaruh yang potensial bagi resiko keseimbangan. Perubahan kedua dalam <i>sub-clause</i> 3.1 mengharuskan engineer untuk memperoleh persetujuan pemberi kerja sebelum melakukan pekerjaan yang terdapat dalam <i>sub-clauses</i> 4.12, 13 1, 13.3 dan 13.4. |
| | 3.5 Ketetapan – ketetapan | Di <i>1999 Red Book</i> dan <i>Pink Book</i> , engineer diharuskan untuk memberi ulasan (pemberitahuan) kepada kontraktor dan pemberi kerja tentang ketetapan yang dibuat |

| | | |
|---|---|--|
| | | oleh kelompok (<i>parties</i>) yang tidak disetujui. Bagaimanapun, <i>Pink Book</i> lebih sulit bagi <i>engineer</i> karena adanya perbaikan batas waktu untuk suatu ketetapan (28 hari dari diterimanya <i>corresponding claim</i> atau permintaan) |
| 15. Penghentian (Terminasi) oleh Pemberi kerja | 15.6 Praktek – praktek curang/kotor | Klausul baru yang berhubungan dengan praktek – praktek curang telah disertakan ke dalam <i>Pink Book</i> . Perubahannya konsisten dengan kecenderungan (<i>trend</i>) global untuk mencari dan mencegah kecurangan dan korupsi. Sanksi berdasarkan perjanjian kerja (<i>contractual</i>), pemberi kerja berhak untuk menghentikan kontrak jika kontraktor terbukti melakukan praktek kecurangan. Definisi dari praktek curang sangat luas (penyajian yang keliru atau kelalaian atas fakta – fakta dengan tujuan untuk mempengaruhi proses pembelian atau eksekusi suatu kontrak) dan mungkin terdapat maksud jangka panjang (<i>far-reaching</i>) untuk kontraktor di administrasi kontrak. |
| 16. Hak Kontraktor Untuk menghentikan Pekerjaan | 16.1 Hak Kontraktor untuk menunda (suspend) pekerjaan | Jika bank menunda pembayaran dana bagi kontraktor dan tidak ada pilihan lain yang tersedia untuk memperoleh dana, kontraktor dapat menunda atau mengurangi jumlah pekerjaan sewaktu – waktu (setelah menerima pemberitahuan dari bank). |

| | | |
|--|----------------------------------|---|
| | 16.2 Penghentian oleh kontraktor | Alasan dimana kontraktor dapat menghentikan suatu kontrak telah diperbaiki di <i>pink book</i> . Tidak cukup bagi pemberi kerja gagal melakukan kewajiban – kewajibannya berdasarkan kontrak. Pelanggaran – pelanggaran pemberi kerja harus dapat dibuktikan dan dianggap berbahaya mempengaruhi keseimbangan ekonomi suatu kontrak atau kemampuan kontraktor untuk melaksanakan kontrak. |
|--|----------------------------------|---|

