

# 分公司使用总公司资质投标的合规性分析

□文/梅锋 刘长青 白雪松 张潇

**【摘要】**分公司使用总公司资质投标，可能被认定为“使用通过受让或者租借等方式获取的资格、资质证书投标”，致使投标被否决。分公司使用总公司资质投标存在合规风险，招标工作中应鼓励总公司直接投标。

**【关键词】**投标；资质；分公司；总公司

分公司使用总公司资质投标的情形是指，分公司以自身作为投标主体，使用了总公司的资质。根据《招标投标法实施条例》第四十二条，使用受让、租借等获得的资质投标的，属于“以他人名义投标”。根据《招标投标法》第三十三条，以他人名义投标属于弄虚作假。根据《招标投标法实施条例》第五十一条，弄虚作假的投标应当被评标委员会否决。因此，以他人名义投标应当被否决。那么，分公司使用总公司资质投标是否合规？当前，招标实践中有肯定说、否定说和折中说3种观点。

肯定说认为，一些招标人在审核相关资质时不会特意区分该资质是总公司的还是分公司的。他们认为，分公司使用总公司资质投标是否合规的问题并不重要，只要招到了性价比最高的供应商，也就规避了法律风险，分公司的使用行为即可行。

否定说认为，分公司使用总公司资质进行的投标无效。理由是，资质的性质是行政许可，不能由获得资质的主体授权其他主体使用，

即该种授权不合法。

折中说认为，分公司使用总公司资质投标的行为属于《招标投标法实施条例》第四十二条规定的“以他人名义投标”，是违法的。但是，当总公司授权分公司代表总公司投标，并由总公司履行时，分公司的使用行为合法。

## 分公司的法律地位

分公司和总公司相对，子公司和母公司相对，它们都没有明确的法律定义，是实践中约定俗成的称谓。其中，总公司、子公司、母公司都是依照《民法典》《公司法》设立的独立法人，分公司为非独立法人。根据《民法典》第五十七条、第五十九条、第六十条规定，法人的特别之处在于具有民事权利能力、民事行为能力 and 民事责任能力，即法人具有享有民事权利和承担民事义务资格，具有以自己独立的行为取得民事权利和承担民事义务的能力，具有以自己财产对外独立承担责任的能力。也正因为

最后一点，往往把法人称为独立法人。根据《民法典》第五十九条、第七十八条、第八十八条，法人自登记时起，拥有民事权利能力和民事行为能力。根据《公司法》第十四条，分公司也须登记、领取营业执照。因此，分公司自登记时起就拥有民事权利能力和民事行为能力。

分公司和总公司、子公司的不同之处在于民事责任能力。分公司的民事责任能力适用《公司法》第十四条；分公司作为分支机构的一种类型，同样适用于《民法典》第七十四条对于分支机构的规定。根据《民法典》第七十四条，分支机构并非不具有承担民事责任的能力。对于分支机构以自己名义进行的活动，可先以分支机构管理的财产承担民事责任，分公司不能承担的部分，法人再承担兜底责任。在这个意义上，分支机构仍然具有相对的民事责任能力。

在实践中，分公司作为分支机构，多以自己名义独立开展民事活动，享有收益、承担风险，只是承担责任的能力有限，但不影响分公

司以自己管理的财产承担责任，从这个角度，分公司也具备民事责任能力，原因就在于其具备营业执照这个成立和担责的“身份证”。

## 资质的性质

招标人对资质的设定，往往基于招标项目的内在需求，资质的有无对项目能否顺利完成具有实质性影响。资质作为一种行政许可事项，具有申请人条件特定、持有人能力特定、资质禁止转许可等特点。

### 资质申请人条件特定

以电网工程调试资质为例，根据《行政许可法》第十二条，电网工程调试属于其中第（一）类可以设定行政许可的事项，目前由行业协会颁发证书。按照《行政许可法释义》的解释，申请人能否取得第（一）类事项的许可，取决于其自身能否满足法律法规明确规定的条件和标准，申请人取得的这种许可不能转让。例如，输变电工程类甲级资质对申请人的技术负责人、调试设备、人员规模及技术能力、调试业务、注册资本、质量管理体系、规章制度体系有定性且定量要求，申请人只有具备相应条件才能获得资质。也就是说，资质授予的背后是授予单位对申请人特定条件的认可，不具备特定条件的主体也无法申请资质。

### 资质持有人能力特定

总公司作为申请人，以自己的人员、管理体系等为条件获得资质。分公司有自己一定的人员、管理体系，但分公司的上述条件和

总公司的并不重合。分公司在不具备总公司特定的人员、管理体系等条件下，难以获得资质，也不能开展资质项下的业务，其使用总公司的资质也并不意味着分公司具备了开展资质项下业务的能力。即使以分公司的人员、管理体系等为基础并以总公司名义获取资质，在形式上也无法判断分公司实质上是否具备申请资质所需条件。

### 资质禁止转许可

资质作为行政许可的重要事项，适用的法理为“法无允许即禁止”，该原理包含多层意思，其中之一是指在没有法律明确规定的情况下，行政许可事项不能由被许可人转许可给他人。分公司拥有自己的“身份证”——营业执照，相较于拥有营业执照的总公司而言，属于“他人”。根据行政法基本原理，《行政许可法》也未明确规定转许可，因此，总公司不能将资质转许可给分公司使用。

## 分公司使用总公司资质投标具有合规风险

分公司使用总公司资质投标，根据《民法典》《公司法》《行政许可法》相关规定和基本原理，不管是否存在总公司担责背书或者总公司授权，都可能构成“以他人名义投标”的否决投标情形。一方面，总公司的担责背书不能成为分公司使用总公司资质投标的合规理由。总公司的担责背书仅仅意味着总公司为分公司的行为承担责任，

这是《民法典》《公司法》已经明确的规则，招标文件不作规定也不影响该规则的适用。另一方面，总公司的授权也不能成为分公司使用总公司资质投标的合规理由。第一，分公司难以达到子公司完全独立的程度，但又相较于公司的内设机构而言具有一定的独立性。分公司是独立的市场主体，总公司具备了相应资质不代表分公司就天然地具备相应资质所需的特定条件，不意味着分公司具有开展相应业务与项目的的能力，因而存在实质上不合规的风险。第二，总公司的授权实质上是对其资质的转许可，但资质不能转许可，总公司对其资质的转许可不具有法律效力。因此，分公司使用总公司资质投标虽然没有被法律明确禁止，但不符合法理的内在要求，面临不合规风险，也可能会在后续修法中被否定。企业在投标中应提前做好合规风险控制和管理改进，即由总公司直接投标。**中国招标**

（作者单位：梅锋、刘长青、张潇，中国电力科学研究院有限公司；白雪松，北京国网富达科技发展有限公司）

## 参考文献：

[1]张松伟.总公司和分公司可以使用对方的资质和业绩去投标吗[J].中国招标, 2020(08): 84, 85-86.

[2]冯君.分公司可以用总公司的资质开展业务吗? [J].中国招标, 2019(23): 33-34.

（责编：金小丹）